


تأليف

الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي

تحقيق

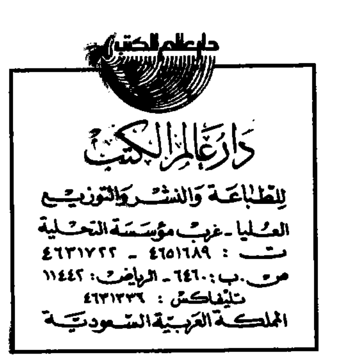
إبراهيم أحمد عبد الحميد

## الجزء الأول

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض

طبعة خاصة

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م

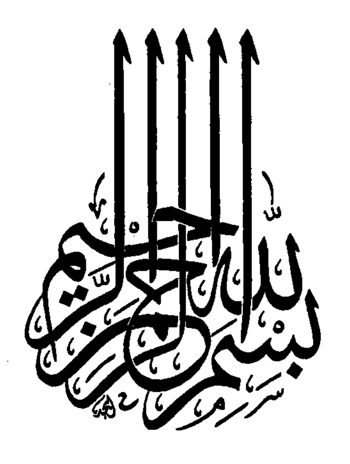



طبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة منه

مكتبة نزار مصطفى الباز

مكة المكرمة - الشامية - هاتف : ٥٧٤٩٠٢٢ الرياض - شارع السويدي العام . هاتف : ٤٢٤٠٣٥٣


كشاف القناع
عن
متن الإقناع


بسم الله الرحمن الرحيم

## ( فصل في وجوب الأجرة بالعقد )

وتجب الأجرة بنفس العقد ، ( فتثبت في الذمة وإن تأخرت المطالبة بها ) لأنها عوض أطلق في عقد معاوضة ، فملك بمطلق العقد كالثمن والصداق ، ( وله الوطء إذا كانت الآجرة أمة ) لأنه ملكها بالعقد ، ( سواء كانت ) الإجارة ( إجارة عين ) كعبد، ودار معينة، ( أو في الذمة ) ، سواء اشترط الحلول أو أطلق ، وسواء كانت المدة تلي العقد أو لا ، وأما قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [1] ، وقوله ﷺ : «وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِّهِ أَجْرَهُ» [2] ، فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها ، وكذلك الحديث ، ويحققه أن الإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله ، لقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [3] ، والصداق يجب قبل الاستمتاع ، وهذا هو الجواب عن الحديث ، ويدل له : أنه إنما توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل ، وقد قلتم : تجب الأجرة شيئاً فشيئاً .

قال في المغني : ويحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة ، ( ويستحق ) الأجرة ( كاملة ) أي يملك المؤجر المطالبة بها ، ( ويجب ) على المستأجر ( تسليمها بتسليم العين ) معينة كانت في العقد، أو موصوفة في الذمة (لمستأجر) لأن تسليم العين يجري مجرى تسليم نفعها ، ( أو بذلها له ) بأن يأتي المؤجر بالعين للمستأجر ليستوفي ما وقع عليه عقد الإجارة من منفعتها ، فيمتنع من تسلمها لأنه فعل ما عليه ، كما لو بذل البائع العين المبيعة ، ( أو بفراغ عمل بيد مستأجر ويدفعه إليه ) أي إلى المستأجر ( بعد عمله ) هكذا في التنقيح . قال في المغني : وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل ، لأنه عوض ، فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض ، كالصداق والثمن في البيع . وعبارة المنتهى وشرحه : وتستقر بعمل ما بيد مستأجر ، كطباخ استؤجر لطبخ شيء في بيت المستأجر فطبخه وفرغ منه ، ( ويدفع غيره ) أي غير ما بيد مستأجر ، كما لو اتفقا على أن الطباخ يطبخ ما استؤجر على طبخه في داره ، فيستحق الأجرة عند إتيانه إلى المستأجر معمولاً ، لأنه في الحالتين قد سلم ما عليه ، فاستحق

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه في الصحيح ، كتاب البيوع ، باب إثم من باع حراً ، راجع الفتح للحافظ ابن حجر : ٤١٨/٤ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٢٤ .

تسليم عوضه ، وهو الأجرة . انتهى ، وهو معنى كلامه في المبدع ، ومحل وجوب تسليم الأجرة ( إن لم تؤجل ) ، فإن أجلت لم يجب بذلها حتى تحل ، كالثمن والصداق .

( ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه ) المستأجر ، وإن وجبت بالعقد وعلى هذا وردت النصوص ، ولأن الأجير إنما يوفي أجره إذا قضى عمله ، لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم العوض ، كالصداق والثمن ، وفارق الإجارة على الأعيان ، لأن تسليمها أجرى مجرى تسليم نفعها ومتى كانت على عمل في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ، ولا ما يقوم مقامها ، ( وتستقر ) الأجرة ( بمضي المدة ) ، حيث سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها ، ولا حاجز له عن الانتفاع ، ولو لم ينتفع، لأن المعقود عليه تلف تحت يده وهو حقه ، فاستقر عليه بدله ، كثمن المبيع إذا تلف في يد المشتري ، ( أو ) أي وتستقر الأجرة أيضاً ( بفراغ العمل ) هكذا في التنقيح ، والمراد إن كان الأجير يعمل ببيت المستأجر ، وإلا فبتسليمه معمولاً كما تقدم ، وتستقر الأجرة أيضاً ببذل تسليم عين لعمل في الذمة إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها ، كما لو قال : اكتريت منك هذه الدابة لأركبها إلى بلد كذا بكذا ذهاباً وإياباً وسلمها إليه المؤجر ومضت مدة يمكن فيها ذهابه إلى ذلك البلد ، ورجوعه على العادة ولم يفعل ، نقل ذلك في المغني عن الأصحاب ، لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه ، ( وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض ) التي كانت مؤجرة ( غراس ، أو بناء شرط قلعه عند انقضائها ) أي الإجارة ، لزم قلعه مجاناً ، ( أو ) كان شرط قلعه ( في وقت ) معين (لزم) المستأجر ( قلعه ) أي الغراس أو البناء في محل الشرط ، وفاء بموجب شرطه .

فإن قلت : إذا كان إطلاق العقد فيهما يقتضي التأبيد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فيفسد ، أجيب بأن اقتضاءه التأبيد إنما هو من حيث إن العادة تبقيتهما ، فإذا أطلقا حمل على العادة ، فإذا شرط خلافه جاز ، كما لو باع بغير نقد البلد وحينئذ يقلع ( مجاناً ، فلا تجب على رب الأرض غرامة نقص ) الغراس أو البناء ، ( ولا ) يجب ( على مستأجر تسوية حفر ) أرض ، ( ولا إصلاح أرض ) لأنهما دخلا على ذلك لرضاهما بالقلع ، (إلا بشرط ) لما تقدم ، فإن اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز إذا شرطا مدة معلومة ، ( وإن لم يشترط قلعه ) بأن أطلقا الإجارة ، ( أو شرط بقاؤه ) أي الغراس أو البناء ، (فلمالك الأرض أخذه بالقيمة إن كان ملكه ) للأرض ( تاماً ) ، ويأتي مفهومه. فيدفع قيمة الغراس أو البناء فيملكه مع أرضه ، لأن الضرر يزول بذلك ، ( ويأتي في الشفعة: كيف يقوم الغراس ) والبناء ، وذلك بأن تقوم الأرض مغروسة أو مبنية ، ثم تقوم خالية

فما بينهما قيمة الغراس والبناء ، ( وإن كان المستأجر شريكاً في الأرض شركة شائعة فبني أو غرس ) بعد أن استأجر حصة شريكه ، ( ثم انقضت المدة فللمؤجر أخذ حصة نصيبه من الأرض والبناء والغراس ) يعني إن كان يملك نصف الأرض أخذ نصف الغراس أو البناء بنصف قيمته ، أو الربع أخذ ربعهما بربع القيمة وهكذا ، ولو قال: من البناء ، لكان صواباً ، كما هي عبارة ابن نصر الله التي هي أصله ، ( وليس له ) أي الشريك المؤجر ( إلزامه ) أي الشريك المستأجر ( بالقلع ) ، ولو ضمن له نقص ما في نصيبه (لاستلزامه قلع ما لا يجوز قلعه ) لعدم تميز ما يخص نصيبه من الأرض من الغراس والبناء ، والضرر لا يزال بالضرر ، قاله ابن نصر الله .

( ولا يتملكه ) أي الغراس أو البناء بعد انقضاء مدة الإجارة ( غير تام الملك كالموقوف عليه المستأجر ) والموصي له بالمنفعة لقصور ملكه ، ولذلك لا يأخذ بالشفعة ، هذا تخريج لابن رجب وفي الفائق : لو كانت الأرض وقفاً لم يتملك إلا بشرط واقف ، أو رضا مستحق . وقال في التنقيح : بل إذا حصل به نفع كان له ذلك . انتهى .

ويأتي في الوقف أن الموقوف عليه له تملك زرع الغاصب بالنفقة ، ومقتضى كلامه : أنه لا فرق ، وكذلك جوّز ابن رجب أيضاً أن يقال للمستأجر : تملك الزرع بنفقته ، إذ هو مالك المنفعة ، وخرج أيضاً على ذلك ما إذا غصبت الأرض الموصى بمنافعها أو المستأجرة وزرع فيها ، فهل يتملك الزرع مالك الرقبة أو مالك المنفعة ؟ ذكره في القاعدة التاسعة والسبعين ، وقال في كتابه المسمى بأحكام الخراج ، فيما إذا خرج من بيده الأرض الخراجية منها وله غراس أو بناء فيها ، فهل يقال : للإمام أن يتملكه للمسلمين من مال الفئ إذا رآه أصلح ، كما يتملك ناظر الوقف ما غرس فيها أو بني بالقيمة بعد انقضاء المدة ؟ ولا يبعد جوازه ، بل أولى من ناظر الوقف ، للاختلاف في ملك الموقوف عليهم لرقبة الوقف ، وأما المسلمون فإنهم يملكون رقبة أرض العنوة . فظاهره جوازه للناظر مطلقاً إذا رآه مصلحة . انتهى .

( و ) لا يتملكه ( مرتهن ) لأنه لا ملك له ، وإنما له حق الاستيثاق ، وقوله : ( أو تركه بالأجرة ، أو قلعه ) أي الغراس أو البناء ، ( وضمان نقصه ) عطف على أخذه بقيمته لما فيه من الجمع بين الحقين ، ( ولصاحب الشجر ) أو البناء ( بيعه لمالك الأرض ولغيره) لأن ملكه عليه تام ، فله التصرف فيه بما شاء ، ( فيكون ) المشتري غير مالك الأرض ( بمنزلته ) أي المستأجر ، ( وفي التلخيص وغيره : إذا اختار المالك القلع وضمان النقص ، فـ ) ـمؤنة ( القلع على المستأجر ) وجزم به في المنتهى ، لأن عليه تفريغ العين المؤجرة مما أشغلها به من ملكه ، ولو كان ذلك بأمر المالك ، ( وليس عليه ) أي

المستأجر ( تسوية حفر لأن المؤجر دخل على ذلك . انتهى ، ومحل ) كون ( الخيرة في ذلك لرب الأرض ما لم يختر مالكه قلعه ، فإن اختاره ) مالكه ، ( فله ذلك ) وليس لمالك الأرض منعه ليتملكه بقيمته ، أو ليجب عليه أجر مثله بتبقيته ، لأنه ملك مالكه، فكان له أخذه من العين المؤجرة كغيره من المملوكات ، ( وعليه ) أي المستأجر إن اختار القلع دون رب الأرض ( تسوية الحفر ) لأنه أدخل نقصاً على ملك غيره بغير إذنه ، فكان عليه مؤنة إزالته ، ( وظاهر كلامهم ، كما قال صاحب الفروع : لا يمنع الخيرة من أخذ رب الأرض له أو قلعه وضمان نقصه أو تركه بالأجرة : كون المستأجر ) فاعل لا يمنع (وقف ما غرسه أو بناه ) ولو نحو مسجد ( فإذا لم يتركه ) رب الأرض ( في الأرض لم يبطل الوقف بالكلية ، بل ما يؤخذ بسبب قلعه وضمان نقصه ، أو ) أخذ بسبب ( تملكه بالقيمة يكون بمثابة ما لو أتلف الوقف وأخذت منه ) أي المتلف ( قيمته يشتري بها ما يقوم مقامه فكذا هنا) يشتري بالقيمة، أو بما أخذ من أرش القلع ما يقوم مقامه. والظاهر: أن الآلات والغراس المقلوع باق عل الوقف ، فإن أمكن وضعه في محل آخر، وإلا بيع واشترى بثمنه ما يقوم مقامه ، ( وهو ) أي الحكم ( كما قاله ) صاحب الفروع ، ( وهو ظاهر ، وظاهر كلامهم : لا يقلع الغراس ) والبناء ( إذا كانت الأرض وقفاً ) ، وتقدم أنه لا يتملك إلا تام الملك ، وحينئذ فيبقى بأجرة المثل ، ( بل قال الشيخ : ليس لأحد أن يقلع غراس المستأجر وزرعه صحيحة كانت الإجارة ، أو فاسدة ) لتضمنها الإذن في وضعه ، ( بل إذا بقي فعليه ) أي مالكه ، ( أجرة المثل ، وإن أبقاه ) أي الغراس أو البناء الموقوف ( بالأجرة ، فمتى باد بطل الوقف ، وأخذ الأرض صاحبها، فانتفع بها ).

وقال الشيخ تقي الدين فيمن احتكر أرضاً بنى فيها مسجداً ، أو بناء وقفه عليه : متى فرغت المدة وانهدم البناء زال حكم الوقف ، وأخذوا أرضهم فانتفعوا بها ، وما دام البناء قائماً فيها فعليه أجرة المثل . قال في الإنصاف : وهو الصواب ولا يسع الناس إلا ذلك، ( ومحل الخيرة ) بين ما تقدم ( أيضاً ما لم يكن البناء مسجداً ونحوه ) كسقاية وقنطرة ، ( فلا يهدم ولا يتملك ، وتلزم الأجرة إلى زواله ) لأنه العرف ، إذ وضع هذه للدوام ، ( ولا يعاد ) المسجد ونحوه لو انهدم ( بغير رضا رب الأرض ) لزوال حكم الإذن بزوال العقد ، ( ولو غرس أو بني مشتر ) فيما اشتراه ، ( ثم فسخ البيع بعيب ) أو غبن، أو إقالة، أو خيار شرط ونحوه ( كان لرب الأرض الأخذ ) أي أخذ غراس المشتري أو بنائه (بالقيمة ، أو القلع وضمان النقص ) لأنه وضع بحق ، وفي ذلك جمع بين حق البائع والمشتري ، ( و ) له ( تركه ) أي الغراس أو البناء ( بالأجرة ) إن تراضيا عليها ، لأن الحق لا يعدوهما ، ( وأما المبيع بعقد فاسد إذا غرس فيه المشتري أو بني ، فحكمه حكم

المستعير إذا غرس أو بني على ما يأتي في بابه ) أي فلا يقلع غراسه ولا بناءه مجاناً ، بل لرب الأرض تملكه بقيمته، أو قلعه وضمان نقصه ، لأن تعاطيه العقد معه وإن كان فاسداً يتضمن الإذن في الانتفاع ، وكذا مستأجر بعقد فاسد ، ( وإن كان فيها ) أي الأرض التي انقضت إجارتها ( زرع بقاؤه بتفريط مستأجر مثل أن يزرع ) المستأجر ( زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة ، فحكمه حكم زرع الغاصب ) ، لأن بقاءه فيها بعدوانه ( للمالك ) للأرض ( أخذه ) أي الزرع ( بالقيمة ) هكذا في المقنع، والمغني والتنقيح، والمنتهى . وقال الموضح : وكزرع غاصب ، قاله الأصحاب فيؤخذ بنفقته، قاله في الكافي وغيره . انتهى ، وهي مثل البذر وعوض لواحقه ، لأنهم جعلوه حكم الغاصب وهذا حكمه ( ما لم يختر مستأجر قلع زرعه في الحال ، وتفريغ الأرض ، فإن اختاره فله ذلك ) أي قلعه ، لأنه يزيل الضرر ويسلم الأرض فارغة ، ( ولا يلزمه ) أي المستأجر قلع زرعه ولو طلبه المالك في هذه الحالة ، لأن له حداً ينتهي إليه بخلاف الغرس، ( وللمالك تركه ) أي الزرع ( بالأجرة ) كزرع غاصب ، ( وإن كان بقاؤه ) أي الزرع بعد انقضاء المدة ( بغير تفريط ) المستأجر ( مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة ) الباقية من مدة الإجارة ( عادة فأبطأ ) أي تأخر انتهاؤه ( لبرد أو غيره لزمه ) أي رب الأرض ( تركه بأجرة مثله إلى أن ينتهي ) لحصوله في أرضه بإذنه من غير تفريط ، أشبه ما لو أعاره أرضاً فزرعها ، ثم رجع قبل كماله ، ( وله المسمى ) لمدة الإجارة ، ( وأجرة المثل لما زاد ) عن مدة الإجارة ، وتقدم بعضه .

( ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله ) عادة ( في مدة الإجارة فللمالك منعه ) لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق ، ( فإن زرع ) ما لا يكمل عادة في المدة (لم يملك ) رب الأرض ( مطالبته بقلعه قبل انقضاء المدة ) لأنه في أرض يملك نفعها ، ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة ، فقبلها أولى ، وإن زرع مؤجر في أرض أجرها قبل انقضاء مدة الإجارة زرعاً يضر بالمستأجر ، أو غرس أو بني ، فذكر القاضي في خلافه أن الجميع يقلع الزرع هنا ، لأن مالك الأرض هو الزارع ، والمتعلق حقه بها لا يمكن تملكه لعدم ملكه ، فتعين القلع . قال ابن رجب : وفيه نظر ، إذ يجوز أن يقال للمستأجر : تملك الزرع بنفقته كالموقوف عليه ، يتملك زرع الغاصب ، ويحتمل تخريج ذلك على الوجهين في ملك الموقوف عليه للشفعة في شركة الوقف ، هذا حاصل كلامه ، لكن يفرق بين الموقوف عليه والمستأجر أن الموقوف عليه يملك العين لكن ملكاً قاصراً بخلاف المستأجر ، فإنه لا ملك له في العين ، ( ولو اكترى أرضاً لزرع مدة لا يكمل ) ذلك الزرع ( فيها ) عادة ، ( وشرط ) المستأجر ( قلعه بعدها ) أي مدة الإجارة ، فـ ( صح ) العقد لأنه لا

يقضي إلى الزيادة على مدته ، وقد يكون له غرض في ذلك لأخذه حصيلاً أو غيره ، ويلزمه ما التزم ، ( وإن شرط بقاءه ) أي الزرع ، ( ليدرك ) بعد مدة الإجارة فسدت ، (أو سكت ) فلم يشترط قطعاً ولا بقاء ( فسدت ) ، أما في الأولى فلأنه جمع بين متضادين ، لأن تقديره المدة يقتضي التفريغ بعدها وشرط التبقية يخالفه ، ولأن مدة التبقية مجهولة ، وأما في الثانية فلأنه اكتراها لزرع شيء لا ينتفع بزرعه في مدة الأجارة، أشبه إجارة أرض السبخة للزرع ، ( وإذا تسلم العين المعقود عليها في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة ) أو بعضها، أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أولاً ، ( فعليه أجرة المثل) لمدة بقائها في يده ( سكن أو لم يسكن ) لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم للمؤجر ، فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاه ، ( وإن لم يتسلم ) العين في الإجارة الفاسدة ( لم يلزمه أجرة ولو بذلها ) أي العين ( المالك ) لأن المنافع لم تتلف تحت يده، والعقد الفاسد لا أثر له بخلاف الإجارة الصحيحة ، ( وإن اكترى ) المستأجر ( بدراهم وأعطاه ) أي المؤجر ( عنها دنانير ) ، أو ثياباً ، أو حيواناً ، أو عقاراً ، أو نحوه ، (ثم انفسخ العقد ) والعيب أو نحوه ( رجع المستأجر بالدراهم ) لأن العقد إذا انفسخ رجع كل من المتعاقدين في العوض الذي بذله ، وعوض العقد هو الدراهم والمؤجر أخذ الدنانير ونحوها بعقد آخر ، ولم ينفسخ ، أشبه ما إذا قبض الدراهم ثم صرفها بدنانير ، أو اشترى بها شيئاً ، وكذلك البيع ونحوه وتقدم ، ( وإذا انقضت المدة ) أي مدة الإجارة ، أو استوفى العمل من العين المؤجرة ( رفع المستأجر يده ) عن العين المؤجرة ، ( ولم يلزمه) أي المستأجر ( الرد ولا مؤنته كمودع ) لأنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي الرد ولا مؤنته ، بخلاف العارية . وفي التبصرة يلزم المستأجر رد العين المؤجرة إذا شرط عليه ، (وتكون) العين المؤجرة بعد انقضاء مدة الإجارة ( في يده ) أي المستأجر ( أمانة ) كما كانت في المدة ، فـ ( ـإن تلفت ) المؤجرة قبل ردها ( من غير تفريط ) ولا تعد (فلا ضمان عليه ) كالوديعة ، لكن متى طلبها ربها وجب تمكينه منها ، فإن منعه لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة ، ونماؤها كالأصل ، فلو استأجر دابة فولدت عنده كان ولدها أمانة كأمه ، وليس له الانتفاع به ، لأنه غير داخل في العقد ، وهل له إمساكه بغير إذن مالكه تبعاً لأصله أم لا ؛ كمن أطارت الريح إلى داره ثوب غيره ، خرجه القاضي وابن عقيل على وجهين ، ( ولا تقبل دعواه ) أي المستأجر ( الرد ) أي رد العين المؤجرة إلى مالكها إذا أنكره ، ( إلا ببينة لأنه قبضه ) أي المؤجر ( لمنفعة نفسه ) فهو ( كالمرتهن والمستعير ) والمضارب .

« تتمة » : قال القاضي فيمن استأجر عبداً للخدمة : إن له المسافرة به في العقد المطلق قال: فإن شرط ترك المسافرة به لزم الشرط، وقال: ليس للسيد أن يسافر برقيقه إذا أجره.

# باب السبق والمناضلة

السبق بسكون الباء بلوغ الغاية قبل غيره ، والسباق فعال منه ، و( السبق بفتح الباء ) والسبقة ( الجعل الذي يسابق عليه ، و ) السبق ( بسكونها ) أي الباء مصدر سبق ، وهو ( المجاراة بين حيوان ونحوه ) كسفن ، ( والمناضلة ) من النضل يقال : ناضله مناضلة ونضالاً ، ونيضالا ، وهي ( المسابقة بالسهام ) وهي النشاب والنبل ( تجوز ) المسابقة (بلا عوض على الإقدام ، وبين سائر الحيوانات من إبل ، وخيل ، وبغال ، وحمير ، وفيلة ) جمع فيل ، ( وطيور حتى بحمام ) خلافاً للآمدي ، ( وبين سفن ، ومزاريق ) جمع مزراق بكسر الميم : رمح قصير أخف من العنزة ، قاله في حاشيته ، ( ونحوها ) كالرمح والعنزة ، ( ومجانيق ورمي أحجار بيد ومقاليع ) لقوله تعالى : ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ ﴾ [(١)] الآية ، وصح من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ « سَابَقَ بَيْنَ الخَيْلِ المُضمرَةِ مِن الحَفْيَاءِ إلى ثَنِيَّةِ الوَدَاعِ ، وَبَيْنَ التي لم تُضمرْ مِنْ ثَنِيَّةِ الوَدَاعِ إلى مَسْجد بَني زُرَيقٍ » [(٢)] .

( قال موسى بن عقبة : من الحفياء إلى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة ، وقال سفيان: من الثنية إلى مسجد بني زريق ميل أو نحوه ، والخيل المضمرة هي المعلوفة القوت بعذ السمن ، قاله في القاموس ، ( ويكره الرقص ومجالس الشعر وكل ما يسمى لعباً ) ذكره في الوسيلة لحديث عقبة الآتي ، ( إلا ما كان معيناً على قتال العدو ) لما تقدم ، ( فيكره لعبه بأرجوحة ) ونحوها ذكره ابن عقيل وغيره ، ( وكذا مراماة الأحجار ونحوها ، وهو أن يرمي كل واحد الحجر إلى صاحبه ) قال الآجري في النصيحة من وثب وثبة مرحاً ولعباً بلا نفع ، فانقلب فذهب عقله عصي وقضى الصلاة .

---

(١) سورة الأنفال ، الآية : ٦٠ .

(٢) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الصلاة ، باب هل يقال مسجد بني فلان ، وفي كتاب الجهاد ، باب السبق بين الخيل ، وأخرجه مسلم في كتاب الإمارة ، باب المسابقة بين الخيل . ( قال سفيان بين الحفياء إلى ثنية الوداع خمسة أميال أو ستة وبين ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق ميل » ، وقوله : أضمرت من الضمر وهو الهزال وخفة اللحم ، وأراد بالإضمار التضمير ، وقد كانوا يشدون عليه السرج ويجللونه حتى يعرق تحته فيهذب رهله ويشتد لحمه ، وقوله : الحفياء -بفتح الحاء وسكون الفاء- اسم موضع . وثنية الوداع موضع التوديع ، والثنية : العقبة . والميل ١٫٨٤٨ كم .

( وظاهر ) كلام ( الشيخ : لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والنقيلة ) قال : ويجوز اللعب بما قد يكون فيه مصلحة بلا مضرة ، ( وقال : كل فعل أفضى إلى محرم كثيراً حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة ، لأنه يكون سبباً للشر والفساد ، وقال أيضاً : ما ألهى وشغل عما أمر الله به فهو منهى عنه ، وإن لم يحرم جنسه ، كبيع وتجارة ونحوهما . انتهى ) ، وما روى : « أنَّ عَائشَةَ وَجَوارى مَعَهَا كُنَّ يَلْعَبْنَ بِاللُّعَب ، والنَّبِيُّ ﷺ يَراهن » [1] رواه أحمد وغيره ، « وَكَانَتْ لهَا أُرْجُوحَةٌ قَبْلَ أنْ تَتَزَوَّجَ » [2] رواه أبو داود بإسناد جيد ، فيرخص فيه للصغار ما لا يرخص للكبار ، قاله الشيخ تقي الدين في خبر ابن عمر في زمارة الراعي . قلت : ولعب الجواري باللعب غير المصورة فيه مصلحة للتمرن على ما هو المطلوب منهن عادة ، ويتوجه كذا في العيد ونحوه ، لقصة أبي بكر ، وقوله ﷺ : « دَعْهُمَا فَإنَّهَا أيَّامُ عِيدٍ » .

( ويستحب اللعب بآلة الحرب ، قاله جماعة ، والثقاف ) ، لأنه يعين على قتال العدو ( ويتعلم بسيف خشب لا حديد نصاً ) نقله أبو داود ، لقوله ﷺ : « لا يُشِيرُ أحَدُكُمْ بِحَدِيدٍ » ، ( وليس من اللهو المحرم ولا ) اللهو ( المكروه تأديب فرسه وملاعبته أهله ورميه عن قوسه ) لحديث عقبة مرفوعاً : « كُلُّ شَيْءٍ يَلْهُو بِهِ ابْنُ آدَمَ فَهُوَ بَاطِلٌ » [3] ثم استثنى هذه الثلاثة ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وحسنه ، والمراد ما فيه مصلحة شرعية ، ويدخل فيه تعليم الكلب للصيد والحراسة ، وتعليم السباحة ، ومنه ما في الصحيحين من « لَعِبِ الحَبَشَةِ بِدرَقِهِمْ وَحِرَابِهِمْ وَتَوَثُّبِهِمْ بِذَلكَ عَلَى هَيْئَةِ الرَّقْصِ فِي يَوْمِ عِيدٍ فِي مَسْجِد النَّبِيِّ ﷺ وَسَتْرُ النَّبِيِّ ﷺ عَائشَةَ وهِيَ تَنْظُرُ إلَيْهِمْ وَدَخَلَ عُمَرُ فَأهْوَى إلى الحَصْبَاءِ يَحْصِبُهُمْ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : دَعْهُمْ يَا عُمَرُ » [4] متفق عليه ، ( ويكره لمن علم الرمي أن يتركه كراهة شديدة ) لقوله ﷺ : « وَمَنْ عُلِّمَ الرَّمْيَ ثُمَّ تَرَكَهُ فَهِيَ نِعْمَةٌ كَفَرَهَا » [5] قال العلقمي : وردت من طرق صحيحة بألفاظ مختلفة ، والمعنى واحد ،

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند ضمن مسند عائشة رضي الله عنها .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في السنن : ٤/٢٨٦ ، كتاب الأدب ، باب في الأرجوحة ، الأحاديث من ٤٩٣٣ - ٤٩٣٧ .

(٣) الحديث ذكره السيوطي في الجامع الكبير ، وعزاه للطبراني في الكبير عن عقبة ، ورمز له بالضعف .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير ، باب اللهو بالحراب ونحوها ، وأخرجه مسلم في كتاب صلاة العيدين ، باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٥١٤) .

(٥) هذا جزء من حديث طويل من رواية عقبة بن عامر رضي الله عنه ، أخرجه أحمد في المسند:=

وسبب هذه الكراهة : أن من تعلم الرمي حصلت له أهلية الدفاع عن دين الله ونكاية العدو ، وتأهل لوظيفة الجهاد ، فإذا تركه فقد فرط في القيام بما قد يتعين عليه ، ( وتجوز المصارعة ) لأنه ﷺ « صَارَعَ رُكَانَةَ فَصَرَعَهُ » رواه أبو داود ، ( و ) يجوز ( رفع الأحجار لمعرفة الأشد ) لأنه في معنى المصارعة ، ( وأما اللعب بالنرد والشطرنج ، ونطاح الكباش ونقار الديوك ، فلا يباح بحال ) أي لا بعوض ولا بغيره ، ويأتي في الشهادات موضحاً ( وهي ) أي هذه الأشياء ( بالعوض أحرم ) أي أشد حرمة ، ويأتي في الشهادات ، (ولا تجوز ) المسابقة ( بعوض إلا في الخيل، والإبل، والسهام للرجال ) لقوله ﷺ: « لا سَبْقَ إلا فِي نَصْلٍ، أَوْ خُفٍّ، أَوْ حَافِرٍ » [1] رواه الخمسة، ولم يذكر ابن ماجة «أو نصل» وإسناده حسن ، واختصت هذه الثلاثة بأخذ العوض فيها ، لأنها من آلات الحرب المأمور بتعليمها وأحكامها ، وذكر ابن عبد البر : تحريم الرهان في غير الثلاثة إجماعاً ، وقوله: « للرجال » أخرج النساء لأنهن لسن مأمورات بالجهاد ( بشروط خمسة ) متعلق بتجوز.

( أحدها : تعيين المركوبين بالرؤية ) سواء كانا اثنين أو جماعتين ، ( وتساويهما في ابتداء العدو وانتهائه ، وتعين الرماة ، سواء كانا اثنين أو جماعتين ) لأن المقصود في المسابقة معرفة سرعة عدو المركوبين اللذين يسابق عليهما ، وفي المناضلة معرفة حذق الرماة ، ولا يحصل ذلك إلا بالتعيين بالرؤية ، لأن المقصود معرفة عدو مركوب بعينه ، ومعرفة حذق رام بعينه ، لا معرفة عدو مركوب في الجملة، أو حذق رام في الجملة ، فلو عقد اثنان مسابقة على خيل غير معينة أو مناضلة ، ومع كل منهما نفر غير معين لم يجز (ولا يشترط تعيين الراكبين، ولا القوسين، ولا السهام) لأن الغرض معرفة عدو الفرس، وحذق الرامي ، دون الراكب والقوس والسهام ، لأنها آلة المقصود منها ، فلا يشترط تعيينها كالسرج ، ( ولو عينها لم تعين ) لما تقدم ، ( وكل ما تعين لا يجوز إبداله ،

---

= ٤/١٤٤ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في فضل الرمي ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في الرمي ، الحديث (٢٥١٣) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/١٧٤، كتاب فضائل الجهاد ، باب ما جاء في فضل الرمي ، الحديث (١٦٣٧) ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ٦/٢٢٢ - ٢٢٣ ، كتاب الخيل ، باب تأديب الرجل فرسه ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٩٤٠ ، كتاب الجهاد ، باب الرمي في سبيل الله ، الحديث (٢٨١١) .

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٢/ ٤٧٤ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في السبق ، الحديث (٢٥٦٤) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/ ٢٠٥ ، كتاب الجهاد ، باب ما جاء في الرهان ، الحديث (١٧٠٠) ، واللفظ له ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ٦/ ٢٢٦، كتاب الخيل ، باب السبق ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٩٦٠ ، كتاب الجهاد ، باب السبق والرهان ، الحديث (٢٨٧٨) .

كالمتعين في البيع وما لا يتعين يجوز إبداله لعذر وغيره ) فإن شرط أن لا يرمى بغير هذا القوس أو بغير هذا السهم ، أو لا يركب غير هذا الراكب فهو فاسد ، لأنه ينافي مقتضى العقد .

الشرط ( الثاني : أن يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد ) لأن التفاوت بين النوعين معلوم بحكم العادة ، أشبها الجنسين ، ( فلا تصح ) المسابقة ( بين فرس عربي وهجين ) وهو ما أبوه فقط عربي ، ( ولا ) المناضلة ( بين قوس عربية وفارسية ) والعربية قوس النبل والفارسية قوس النشاب ، قاله الأزهري ، ( ولا يكره الرمي بالقوس الفارسية) ولا المسابقة بها ، وقال أبو بكر : يكره الرمي بها ، لما روى ابن ماجة أن النبي ﷺ «رَأَى مَعَ رَجُلٍ قَوْساً فَارِسِيَّةً ، فَقَالَ : أَلْقِهَا فَإِنَّهَا مَلْعُونَةٌ ، وَلَكِنْ عَلَيْكُم بِالْقِسِيِّ العَرَبِيَّةِ، وَبِرِمَاحِ القَنَا : فَبِهَا يُؤَيِّدُ اللهُ هَذَا الدِّينَ ، وَبِهَا يُمَكِّنُ اللهُ لَكُمْ فِي الأَرْضِ » [1] رواه الأثرم.

والجواب : أنه يحتمل أنه لعنها لحمل العجم لها في ذلك العصر قبل أن يسلموا ومنع العرب من حملها لعدم معرفتهم بها .

الشرط ( الثالث : تحديد المسافة والغاية ) بأن يكون لابتداء عدوهما وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة الأسبق . ولا يحصل إلا بتساويهما في الغاية ، لأن أحدهما قد يكون مقصراً في ابتداء عدوه سريعاً في آخره ، وبالعكس ، ( و ) تحديد (مدى الرمي بما جرت به العادة ) لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد ، ( ويعرف ذلك ) أي مدى الرمي ( بالمشاهدة ) نحو : من هنا إلى هناك ( أو بالذراع نحو مائة ذراع أو مائتي ذراع وما لم تجر به عادة ) وهو ما تتعذر الإصابة فيه غالباً ، ( وهو ما زاد في الرمي على ثلاثمائة ذراع ، فلا يصح ) لأنه يفوت به الغرض المقصود بالرمي . قيل : إنه ما رمي في أربعمائة ذراع إلا عقبة بن عامر الجهني ، ( ولا يصح تناضلهما على أن السبق لا يعدوهما رمياً ) لعدم تحديد الغاية .

الشرط ( الرابع : كون العوض معلوماً . إما بالمشاهدة أو بالقدر أو بالصفة ، ( لأنه مال في عقد ، فاشترط العلم به كسائر العقود ، والمراد بمعرفته بالقدر إذا كان بالبلد نقد واحد أو أغلب ، وإلا لم يكف ذكر القدر ، بل لا بد من وصفه ) ويجوز أن يكون

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٩٣٨/٢ ، كتاب الجهاد ، باب السلاح ، الحديث (٢/ ٥١٠) ، وفي الزوائد في إسناده عبد الله بن بشر الجياني ، ضعفه يحيى القطان وغيره ، وذكره ابن حبان في الثقات ، لكنه ما أجاد في ذلك .

(العوض) حالاً ومؤجلاً ، و ( أن يكون بعضه حالاً ، وبعضه مؤجلاً ) كالثمن والصداق، ( ويشترط أن يكون ) العوض ( مباحاً ) كالصداق والبيع ، فلا تصح على خمر ونحوه ، ( وهو ) أي بذل العوض المذكور ( تمليك ) للسابق ( بشرط سبقه ) فلهذا قال في الانتصار : في شركة العنان ، القياس : لا يصح انتهى . قلت : في كلامهم أنه جعالة، فليس من قبيل التمليك المعلق على شرط محض .

الشرط ( الخامس : الخروج عن شبه القمار ) لأن القمار محرم فشبهه مثله ، والقمار -بكسر القاف- مصدر قامره فقمره ، إذا راهنه فغلبه ، ( بأن لا يخرج جميعهم ) لأنه إذا خرج كل واحد منهم فهو قمار ، لأنه لا يخلو ، إما أن يغنم أو يغرم ، ومن لم يخرج بقي سالماً من الغرم ، ( فإن كان الجعل من الإمام من ماله أو من بيت المال ) جاز ، لأن في ذلك مصلحة وحثاً على تعليم الجهاد ونفعاً للمسلمين . ( أو ) كان الجعل ( من غيرهما أو من أحدهما ) وحده ، لأنه إذا جاز بذله من غيرهما فمن أحدهما أولى ، وكذا لو كانوا ثلاثة ، فأخرج اثنان منهم ، أو أربعة فأخرج ثلاثة منهم ونحوه ، ( على أن من سبق أخذه جاز ، فإن جاآ معاً فلا شيء لهما ) لأنه لا سابق فيهما ، ( وإن سبق المخرج ) للجعل ( أحرز سبقه ) بفتح الباء أي ما أخرجه ، ( ولم يأخذ ) السابق ( من الآخر ) المسبوق ( شيئاً ) لأنه إن أخذ منه شيئاً كان قماراً ، ( وإن سبق من لم يخرج أحرز سبق صاحبه ) فملكه وكان كسائر ماله ، لأنه عوض في الجعالة ، فملك فيها كالعوض المجعول في رد الضالة ، فإن كان العوض في الذمة فهو دين يقضي به عليه ، ويجبر عليه إن كان موسراً ، وإن أفلس ضرب به مع الغرماء ، ( وإن أخرجا ) أي المتسابقان ( معاً لم يجز ، وكان قماراً ، لأن كل واحد منهما لا يخلو من أن يغنم، أو يغرم ، وسواء كان ما أخرجاه متساوياً، أو متفاوتاً ، مثل إن أخرج أحدهما عشر ، و ) أخرج ( الآخر خمسة إلا بمحلل لا يخرج شيئاً ) لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَهُوَ لا يأمَنُ أَنْ يَسْبِقَ فَلَيْسَ قِمَاراً ، وَمَنْ أَدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَهُوَ آمِنٌ أَنْ يَسْبَقَ فَهُوَ قِمَارٌ »[1] رواه أبو داود ، فجعله قماراً إذا أمن السبق ، لأنه لا يخلو كل واحد منهما أن يغنم أو يغرم ، وإذا لم يأمن أن يسبق لم يكن قماراً ،

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٢/٥٠٥ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في المحلل ، الحديث (٢٥٧٩) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٩٦٠ ، كتاب الجهاد ، باب السبق . . . . الحديث (٢٨٧٦) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٢/ ١١٤ ، كتاب الجهاد . باب عليكم بالدلحة . . . وتابعه برواية صحيحة . ووافقه الذهبي ، وأخرجه البغوي في شرح السنة : ١٠/٣٩٦ ، كتاب السير والجهاد ، باب أخذ المال على المسابقة ، الحديث (٢٦٥٤) .

لأن كل واحد منهما يجوز أن يخلو من ذلك ، ( ويكفي ) محلل ( واحد ولا تجوز الزيادة عليه ) لدفع الحاجة به . قال الآمدي : ويشترط في المحلل أن يكون ( يكافيء فرسه فرسيهما ، أو ) يكافيء ( بعيره بعيريهما ، أو ) يكافيء ( رميه رميهما ) للخبر السابق ، ( فإن سبقهما ) أي سبق المحلل المخرجين ( أحرز ) المحلل ( سبقيهما ) بفتح الباء لأنهما جعلا لمن سبق ، ( وإن سبقاه ) أي المخرجان المحلل ( أحرز سبقيهما ) أي أحرز كل منها ما أخرجه ، لأنه لا سابق منهما ولا شيء للمحلل ، لأنه لم يسبق واحداً منهما ، (ولم يأخذا منه شيئاً ) لأنه لم يشترط عليه شيء لمن سبقه ، ( وإن سبق أحدهما ) أي المخرجين ( أحرز السبقين ) لأنهما جعلا لمن سبق ، ( وإن سبق معه ) أي مع أحد المخرجين ( المحلل ) بأن جاء أحدهما والمحلل معاً ( أحرز السابق ) منها ( مال نفسه ) لسبقه ، ( ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحلل نصفين ) لأنهما قد اشتركا في السبق، فوجب أن يشتركا في عوضه ، ( وإن جاءوا ) أي المخرجان والمحلل ( الغاية دفعة واحدة ، أحرز كل واحد منهما سبق نفسه ) لأنه لا سابق ، ( ولا شيء للمحلل ) لأنه لم يسبق ، ( فإن قال المخرج ) للعوض ( من غيرهما : من سبق أو صلى ( منكما) فله عشرة ، لم يصح إذا كانا اثنين ( لأنه لا فائدة في طلب السبق إذن ، فلا يحرص عليه لأنه سوى بينهما ، ( فإن كانوا أكثر ) من اثنين صح ، لأن كل واحد منهم طلب أن يكون سابقاً أو مصلياً ، ( أو قال ) المخرج غيرهما : من سبق فله عشرة ، و( من صلى، أي جاء ثانياً فله خمسة ، صح ) لأن كلا منهما يجتهد أن يكون سابقاً ليحرز أكثر العوضين ، وسمي الثاني مصلياً لأن رأسه تكون عند صلو الأزل ، والصلوان هما العظمان الناتئان من جانب الذنب . وفي الأثر عن علي قال : « سَبَقَ أَبُو بَكْرٍ وَصَلَّى عُمَرُ ، وَخَبَطَتنا فِتْنَةٌ » .

( وكذا ) يصح إذا فاوت العوض ( على الترتيب للأقرب إلى السبق ) بأن جعل للأول عشرة وللثاني ثمانية ، وللذي يليه خمسة ثم للذي يليه أربعة ، وهكذا ( وخيل الحلبة ) بفتح الحاء وسكون اللام ( على الترتيب ) وهي خيل تجمع للسباق من كل أوب ، لا تخرج من أصطبل واحد ، كما يقال للقوم إذا جاءوا من كل أوب للنصرة : قد أحلبوا، قاله في الصحاح ، أولها ( مجل ) السابق ، ( فمصل ) الثاني لما سبق ( فتال ) الثالث، لأنه يتلو المصلي ، ( فبارع ) الرابع ، ( فمرتاح ) الخامس ( فخطى ) السادس ، وهو بالخاء المعجمة ، ( فعاطف ) السابع ، ( فمؤمل ) بوزن معظم ، الثامن ( فلطيم ) التاسع ( فسكيت ) ككميت ، وقد تشدد ياؤه العاشر آخر خيل الحلبة ، ( ففسكل ) كقنفذ وزبرج وزنبور ، وبرذون الذي يجيء آخر الخيل ، ويسمى القاشور والقاشر . وهذا

الترتيب قدمه في التنقيح وتبعه المصنف وصاحب المنتهي ، ( و ) في بعضها اختلاف ، فـ ( ـفي الكافي وتبعه في المطلع : مجل فمصل فمسل فتال فمرتاح - إلى آخره ) . وقال أبو الغوث : أولها المجلي وهو السابق ؛ ثم المصلي ، ثم المسلي ، ثم التالي ، ثم العاطف ، ثم المرتاح ، ثم المؤمل ، ثم الحظى ، ثم اللطيم ، ثم السكيت ، وهو الفسكل ، ذكره الجوهري ، ( فإن جعل ) من أخرج العوض ( للمصلي أكثر من السابق، أو جعل للتالي أكثر من المصلي ، أو لم يجعل للمصلي شيئاً ) ، وجعل للتالي عوضاً ( لم يجز ) لأنه يفضي إلى أن لا يقصد السبق ، بل يقصد التأخر فيفوت المقصود ( وإن قال العشرة : من سبق منكم فله عشرة ، صح ، فإن جاءوا معاً فلا شيء لهم ) لعدم السبق ، ( وإن سبق واحد فله العشر ) لسبقه ، ( أو ) سبق ( اثنان فهي ) أي العشرة ( لهما ) لأنهما السابقان ، ( وإن سبق تسعة وتأخر واحد ، فالعشرة للتسعة ) لأنهم سبقوا ، ( وإن شرطا ) أي المتسابقان ، ( أن السابق يطعم السبق ) بفتح الموحدة (أصحابه ، أو ) يطعمه ( بعضهم ، أو ) يطعمه ( غيرهم ، أو ) قال : ( إن سبقتني فلك كذا ، أو لا أرمي أبداً أو شهراً ، لم يصح الشرط ) لأنه عوض على عمل ، فلا يستحقه غير العامل كالعوض في رد الآبق ، ( ويصح العقد ) أي عقد المسابقة لأنها عقد لا تتوقف صحتها على تسمية بدل ، فلم تفسد بالشرط الفاسد كالنكاح .



## ( فصل في بيان المسابقة )[1]

والمسابقة جعالة لأنها عقد على ما تتحقق القدرة على تسليمه ، فكان جائزاً ، كرد الآبق ، ( وهي عقد جائز ) لما مر ( لا يؤخذ بعوضها رهن ولا كفيل ) لعدم وجوبه ، و( لكل منهما فسخها ، ولو بعد الشروع فيها ) لعدم لزومها ( ما لم يظهر لأحدهما فضل ) على صاحبه ، مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة ، أو يصيب بسهامه أكثر منه ، ( فإن ظهر ) له عليه فضل ، ( فله ) أي الفاضل ( الفسخ ) لأن الحق له ( دون صاحبه ) المفضول ، لأنه لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقة ، فلا يحصل المقصود ، (وتبطل بموت أحد المتعاقدين ) كوكالة ، ( و ) تبطل بموت ( أحد المركوبين ) لأن العقد تعلق بعينهما ، ( ولا يقوم وارث الميت مقامه ، ولا يقيم الحاكم من يقوم مقامه ) لأنها انفسخت بموته ، و( لا ) تبطل ( بموت الراكبين أو أحدهما ، ولا تلف أحد القوسين ) أو هما ( والسهام ) لأن هذه غير معقود عليها ، فلم ينفسخ العقد بتلفها ، كموت أحد المتبايعين .

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

( ويشترط ) في المسابقة بعوض ( إرسال الفرسين والبعيرين دفعة واحدة ) فليس لأحدهما أن يرسل قبل الآخر ، ( ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالهما ويرتبهما، وعند الغاية من يضبط السابق منهما ) لئلا يختلفا في ذلك ، ( ويحصل السبق بالرأس في متماثل عنقه ) من الخيل ، ( و ) السبق ( في مختلفه ) أي العنق من الخيل ، ( و ) السبق في ( إبل ) مطلقاً ( بكتفه ) لأن الاعتبار بالرأس هنا متعذر ، فإن طويل العنق قد تسبق رأسه لطول عنقه ، لا بسرعة عدوه ، وفي الإبل ما يرفع رأسه ، وفيها ما يمد عنقه، فربما سبق رأسه لمد عنقه لا بسبقه ، فلذلك اعتبر بالكتف ، فإن سبق رأس قصير العنق فهو سابق بالضرورة ، وإن سبق رأس طويل العنق بأكثر مما بينهما في طول العنق فقد سبق ، وإن كان بقدره لم يسبق ، وإن كان أقل ، فالآخر سابق ، ( وإن شرط ) المتسابقان ( السبق بأقدام معلومة ) كثلاثة فأكثر ( لم يصح ) لأن هذا لا ينضبط ، ولا يقف الفرسان عند الغاية بحيث يعرف مساحة ما بينهما ، ( فتصف الخيل في ابتداء الغاية صفاً واحداً ، ثم يقول المرتب لذلك : هل من مصلح للجام ، أو حامل لغلام ، أو طارح لجل ؟ فإذا لم يجبه أحد كبّر ثلاثاً ، ثم خلاها ) أي أرسلها ( عند ) التكبيرة (الثالثة ) لأن علياً رضي الله عنه أمر سراقة بن مالك بذلك ، لما جعل إليه ما جعله النبي ﷺ من أمر السبقة في خبر الدارقطني ، ( ويخط الضابط للسبق عند انتهاء الغاية خطاً ، ويقيم رجلين متقابلين ، أحد طرفي الخط بين إبهامي أحدهما والطرف الآخر بين إبهامي الآخر ، وتمر الخيل بين الرجلين ليعرف السابق ) كما فعل علي رضي الله عنه فيما أخرجه الدارقطني عنه .

( ويحرم أن يجنب أحدهما ) أي المتسابقين ( مع فرسه ) فرساً ، ( أو ) يجنب (وراءه فرساً لا راكب عليه يحرضه على العدو .

( و ) يحرم أيضاً ( أن يجلب ، وهو أن يصيح به في وقت سباقه ، ( لقوله ﷺ : «لا جَلَبَ وَلا جَنَبَ فِي الرِّهَانِ » (١) رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن عن عمران بن الحصين . والجلب - بفتح الجيم واللام - هو الزجر للفرس والصياح عليه ، حثا له على الجري .

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٤/٤٣٩ بزيادة عليه ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في الجلب على الخيل ، الحديث (٢٥٨١) ، واللفظ له ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٤٣٠ ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار ، الحديث (١١٢٣) بزيادة عليه ، وقال : « حديث حسن صحيح » ، وأقول أن الجلب هو الصياح ، والجنب هو أن يجنب إلى جنب مركوبة فرساً آخر .

## ( فصل في المناضلة )

من النضل يقال : ناضله نضالاً ، ومناضلة ، وسمي الرمي نضالاً : لأن السهم التام يسمى نضلاً ، فالرمي به عمل بالنضل ، وهي ثابتة بالكتاب لقوله تعالى : ﴿ قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ ﴾ [1] ، وقرئ : « ننتصل » ، والسنة شهيرة بذلك .

( وحكم المناضلة في العوض حكم الخيل ) والإبل فيما تقدم تفصيله ، ( وتصح بين ) شخصين ( اثنين ، و ) بين ( حزبين ) كما تقدم ، ( ويشترط لها ) زيادة على ما سبق (شروط أربعة :

**أحدها** : أن تكون على من يحسن الرمي ) لأن الغرض معرفة الحذق به ، ومن لا حذق له فوجوده كعدمه ، ( فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسنه ) أي الرمي ( بطل العقد فيه ، وأخرج من الحزب الآخر مثله ) كالبيع إذا أبطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن ، ( ولهم ) أي لكل حزب ( الفسخ إن أحبوا ) لتبعيض الصفة في حقهم ، (فإن عقد النضال جماعة ليقتسموا بعد العقد حزبين برضاهم صح ) العقد ، و( لا ) يصح أن يعقداه ليقتسما ( بقرعة ) لأنها قد تقع على الحذاق دون غيرهم في أحد الحزبين ( ويجعل لكل حزب رئيس ، فيختار أحدهما ) أي الرئيسين ( واحداً ) من النفر ، ( ثم يختار ) الرئيس ( الآخر آخر) حتى يفرغا ( ليحصل التعادل بينهما ) ولا يجوز أن يختار كل واحد من الرئيسين أكثر من احد ، ( لأنه قد يؤدي إلى اختصاص أحدهما بالأحذق فلا يحصل التساوي ، ( وإن اختلفا ) أي الرئيسان ( فيمن يبدأ بالخيرة ) منهما ( اقترعا) لأنه لا مرجح غير القرعة ، ( ولا يجوز جعل رئيس الحزبين واحداً ) لأنه لا يضره أيهما غلب أو غلب ، فلا يحصل مقصود المناضلة ، ( ولا ) جعل ( الخيرة في تمييزهما) أي الحزبين ( إليه ) أي إلى شخص واحد لما سبق ، ( ولا أن يختار حزبه أو لا ) لأنه ترجيح له بلا مرجح ويفضي إلى عدم التساوي ، ( ولا السبق ) -بسكون الباء- بمعنى المسابقة بالخيل والإبل ( عليه ) أي على ذلك المذكور ، بأن يتسابقا على جعل رئيس الحزبين واحداً ، وعلى أن الخيرة في تمييزهما إليه ونحوه ، ( ولا يشترط ) للمناضلة (استواء عدد الرماة ) فلو كان أحد الحزبين عشرة والآخر ثمانية ونحو ذلك صح ، ( وإن بان بعض الحزب كثير الإصابة أو عكسه فادعى ) الحزب الآخر ( ظن خلافه لم يقبل ) أي لم يسمع منه ذلك ، لأن شرط دخوله في العقد أن يكون من أهل الصنعة دون الحذق، كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب فبان حاذقاً أو ناقصاً ، لم يؤثر .

---

(١) سورة يوسف ، الآية : ١٧ .

الشرط ( الثاني : معرفة عدد الرشق - بكسر الراء - وهو ) عدد ( الرمي ) وأهل العربية يخصونه فيما بين العشرين والثلاثين وبفتحها الرمي ، وهو مصدر رشقت الشيء رشقاً . قال المصنف في الحاشية : الرشق - بفتح الراء - الرمي نفسه . والرشق : الوجه من الرمي إذا رمى القوم بأجمعهم جميع السهام . وقيل : الرشق السهام نفسها ، وكذا في المستوعب والمطلع عن الأزهري : الرشق - بكسر الراء - عدد الرمي ، واشترط العلم به، لأنه لو كان مجهولاً أفضى إلى الاختلاف ، لأن أحدهما يريد القطع ، والآخر يريد الزيادة ، ( وليس له عدد معلوم ، فأي عدد اتفقوا عليه جاز ) لأن الغرض معرفة الحذق، ( و ) تعتبر معرفة ( عدد الإصابة ، بأن يقول ) العاقد ( الرشق : عشرون ، والإصابة خمسة ونحوه ) كستة أو ما يتفقان عليه ، لأن الغرض معرفة الحذق ، ولا يحصل إلا بذلك ، ( إلا أنه لا يصح اشتراط إصابة تندر ، كإصابة جميع الرشق ، أو تسعة من عشرة ونحوه ) لبعد إصابة ذلك ، ( ويشترط استواؤهما ) أي المتناضلين ( في عدد الرشق ، و ) في ( صفتها ) أي الإصابة من خوارق ونحوهما ، ( وسائر أحوال الرمي ) لأن موضوعها على المساواة ، فاعتبرت كالمسابقة على الحيوان ، ( فإن جعلا رشق أحدهما عشرة ، و ) رشق الآخر عشرين ، أو شرط أن يصيب أحدهما خمسة ، ( و ) أن يصيب ( الآخر ثلاثة ، أو شرطا إصابة أحدهما خواسق ، والآخر خواصل ) ، ويأتي معناهما ، ( أو ) شرطا ( أن يحط أحدهما من إصابته سهمين ، أو ) شرطا ( أن يحط سهمين من إصابته بسهم من إصابة صاحبه ) أو ( شرطا أن يرمي أحدهما من بعد ، و) يرمي ( الآخر من قرب ، أو أن يرمي أحدهما وبين أصابعه سهم والآخر بين أصابعه سهمان ، أو أن يرمي أحدهما وعلى رأسه شيء والآخر خال عن شاغل ، أو ) شرطا (أن يحط عن أحدهما واحد من خطئه لا عليه ولا له ، وأشباه هذا مما تفوت به المساواة ، لم يصح ) لمنافاته لموضوع المسابقة ، وإذا عقدا ولم يذكرا قوساً ، صح لما تقدم ، ويستويان في العربية والفارسية .

الشرط ( الثالث : معرفة ) نوع ( الرمي هل هو مفاضلة ، ومحاطة أو مبادرة ) لأن غرض الرماة يختلف ، فمنهم من إصابته في الابتداء أكثر منها في الانتهاء ومنهم من هو بالعكس ، فوجب اشتراط ذلك ليعلم ما دخل فيه ، ( فالمفاضلة : أن يقولا : أينا فضل صاحبه بإصابة ، أو إصابتين ، أو ثلاث إصابات ونحوه من عشرين رمية ، فقد سبق ، فأيهما فضل صاحبه بذلك فهو السابق ) لوجود الشرط ، ( وتسمى ) المفاضلة ( محاطة، لأن ما تساويا فيه من الإصابة محطوط غير معتد به ) ذكره في الشرح .

وفي المنتهي : المحاطة أن يحط ما يتساويان فيه من إصابة من رمي معلوم مع تساويهما في الرميات ، فأيهما فضل بإصابة معلومة فقد سبق . قال في شرحه : والفرق بين المفاضلة والمحاطة : أن المحاطة يقدر فيها الإصابة من الجانبين بخلاف المفاضلة . واستدل له بكلام المجد في شرحه .

( ويلزم ) في المفاضلة ( إكمال الرشق إذا كان فيه ) أي في إكماله فائدة ، فإذا قالا : أينا فضل بثلاث إصابات من عشرين رمية فهو سابق ، فرميا اثني عشر سهماً فأصابها أحدهما وأخطأها الآخر كلها ، لم يلزم إتمام الرشق لأن أكثر ما يكون أن يصيب الآخر الثمانية الباقية ويخطئها الأول ، ولا يخرج الأول بهذا عن كونه سابقاً ، وإن كان الأول إنما أصاب من الاثنى عشر عشراً لزمهما أن يرميا بقية الثلاثة عشر ، فإن أصابا أو أخطأ أو أصابها الأول وحده فقد سبق ، ولا يحتاج إلى إتمام الرشق ، وإن أصابها الآخر دون الأول فعليهما أن يرميا الرابع عشر على ما تقدم ضابط ذلك ، أنه متى بقي من عدد الرمي ما يمكن أن يسبق به أحدهما صاحبه أو يسقط به سبق صاحبه ، لزم الإتمام وإلا فلا ، ( والمبادرة أن يقولا : من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق ، فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي ، فهو السابق ) لوجود الشرط .

( ولا يلزم ) إذا سبق إليها واحد ( إتمام الرمي ) عشرين ، لأن السبق قد حصل بسبقه إلى ما شرطا السبق إليه ، ( وإن أصاب كل واحد منهما خمساً ، فلا سابق ) فيهما ، (فلا يكملان الرشق ) لأن جميع الإصابة المشروطة وجدت واستويا فيها ، ( ومتى كان النضال بين حزبين اشترط كون الرشق يمكن قسمه بينهم ) أي أهل كل حزب ( بغير كسر ، ويتساوون فيه ، فإن كانوا ثلاثة وجب أن يكون له ثلث ، وكذا ما زاد ) فإذا كانوا أربعة وجب أن يكون له ربع ، أو خمسة وجب أن يكون له خمس ، لأنه إذا لم يكن كذلك بقي سهم أو أكثر بينهم لا يمكن الجماعة الاشتراك فيه ، ( ولا يجوز أن يقولوا : نقرع ، فمن خرجت قرعته فهو السابق ، ولا إن من خرجت قرعته فالسبق عليه) لأنه لا يحصل به الغرض المقصود من النضال ، ( ولا أن يقولوا : نرمي ، فأينا أصاب فالسبق على الآخر ) لأنه يشبه القمار ، ( وإن شرطوا ) أي المتناضلون ( أن يكون فلان مقدم حزب ، وفلان مقدم ) الحزب ( الآخر ، ثم فلان ثانياً من الحزب الأول، وفلان من الحزب الثاني ، كان ) الشرط ( فاسداً ) لأنه لا يقتضيه العقد ، ( وإن تناضل اثنان وأخرج أحدهما السبق ، فقال أجنبي : أنا شريكك في الغرم والغنم ، إن فضلك فنصف السبق علي وإن فضلته فنصفه لي ، لم يجز ) ذلك ، ولم يصح لما تقدم في شركة المفاوضة ، ( وكذلك لو كان المتناضلون ثلاثة منهم اثنان أخرجا ، والثالث

محلل ، فقال رابع للمستبقين : أنا شريككما في الغنم والغرم ) لم يصح لما تقدم ، (وإن فضل أحد المتناضلين صاحبه ، فقال المفضول ) للفاضل : ( اطرح فضلك وأعطيك ديناراً ، لم يجز ) لأنه أخذ للمال في غير مقابلة مال ولا ما في معناه ، ( وإن فسخا العقد وعقدا آخر جاز ) لأن الحق لهما ، وكذا لو فسخه الفاضل ، وأما المفضول فليس له فسخه وتقدم .

( وإذا أخرج أحد الزعيمين ) أي الرئيسين ( السبق ) بفتح الباء ( من عنده ؛ فسبق ) بالبناء للمفعول ( حزبه لم يكن على حزبه شيء ) لأنه لم يشترطه عليهم ، ( وإن شرطه ) أي السبق ( عليهم فهو عليهم بالسوية ، ويقسم ) السبق ( على الحزب الآخر ) وهم السابقون ( بالسوية من أصاب ومن أخطأ ) لأن مطلق الإضافة تقتضي التسوية ، (وإذا أطلقا الإصابة تناولها على أي صفة كانت ) لأن أي صفة كانت تدخل في مسمى الإصابة . وفي المغني : أن صفة الإصابة شرط لصحة المناضلة ، ومشى عليه فيما تقدم، ( فإن قالا : خواصل ) بالخاء المعجمة والصاد المهملة ، فهو ( بمعناه ، ويكون تأكيداً ) لأنه اسم لها كيف كانت . قال الأزهري : الخاصل الذي أصاب القرطاس ، وقد أخصله إذا أصابه ، ( ومن صفات الإصابة خواسق ) بالخاء المعجمة والسين المهملة ، ( وهو ما خرق الغرض وثبت فيه ، وخوازق بالزاي ، ومقرطس بمعناه ) قال الأزهري والجوهري: الخوازق بالزاي لغة في الخاسق فهما شيء واحد ، ( وخوارق - بالراء المهملة - وهو ما خرق الغرض ، ولم يثبت فيه ، ويسمى موارق وخواصر ) بالخاء المعجمة والصاد والراء المهملتين ، ( وهو ما وقع في أحد جانبي الغرض ) ومنه قيل : الخاصرة لأنها في جانب الإنسان ، ( وخوارم ، ما خرم جانب الغرض ، وحوابي : ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب عليه ) ومنه يقال : حبى الصبى ، ( فبأي صفة قيدوا ) أي المتناضلون ( الإصابة تقيدت ) الإصابة ( بها ) لأنه وصف وقع العقد عليه ، فوجب أن يتقيد به ضرورة الوفاء بموجبه ) وحصل السبق بإصابته ( أي إصابة ذلك المقيد على ما قيدوا به ) وإن شرطا إصابة موضع من الغرض كالدائرة فيه ، تقيد ( السبق ) به ، ( لأن الغرض يختلف باختلاف ذلك ، فتعين أن تتقيد المناضلة به تحصيلاً للغرض ) ، وإذا كان شرطهم خواصل فأصاب ( الغرض ) بنصل السهم حسب له كيف كان ) لما تقدم أن الخاصل : الذي أصاب القرطاس ، ( فإن أصاب ) السهم الغرض ( بعرضه أو بفوقه ) وهو ما يوضع فيه الوتر ( نحو أن ينقلب السهم بين يدي الغرض ، فيصيب فوقه الغرض ، أو انقطع السهم قطعتين فأصابت القطعة الأخرى ) الغرض ( لم يعتد به ) لأنه لا يعد إصابة .

الشرط الرابع : معرفة قدر الغرض طولاً، وعرضاً، وسمكاً، وارتفاعاً من الأرض ) لأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك ، فوجب العلم به ، أشبه تعيين النوع ، ( وهو ) أي الغرض ( ما ينصب في الهدف من قرطاس، أو جلد، أو خشب أو غيرها ) سمي غرضاً لأنه يقصد ، ( ويسمى شارة ) وشنا . وفي القاموس : القرطاس كل أديم ينصب للنضال ، ( والهدف : ما ينصب الغرض عليه إما تراب مجموع، أو حائط، أو غيرهما) كخشبة وحجر ، ( ولا يعتبر ) لصحة النضال ( ذكر المبتدىء ) منهما ( بالرمي ) خلافاً للترغيب ، لأنه لا أثر له ، وكثير من الرماة يختار التأخر ، ( فإن ذكراه ) أي المبتدى (كان أولى ) ، وفي شرح المنتهى : يستحب تعيين المبتدىء بالرمي عند عقد المناضلة . انتهي ، أي لأنه أقطع للنزاع ، ( وإن أطلقا ) بأن لم يعينا المبتدىء عند العقد ، ( ثم تراضيا بعد العقد على تقديم أحدهما جاز ) لأن الحق لا يعدوهما ، ( وإن تشاحا في المبتدىء منهما ) بالرمي ( أقرع بينهما ) لأنه لا بد أن يبتدىء أحدهما بالرمي ، لأنهما لو رميا معاً أفضى إلى الاختلاف ، ولم يعرف المصيب منهما ، وقد استويا في الاستحقاق فصير إلى القرعة ، ( ولو كان لأحدهما مزية بإخراج السبق ) بفتح الباء ، فلا يقدم بذلك ، وقيل : يقدم ذلك لأن له نوعاً من الترجيح ، فعلى هذا : إن كان العوض من أحدهما قدم صاحبه ، ( وإن كان المخرج ) للعوض ( أجنبياً قدم من يختاره منهما ، فإن لم يختر وتشاحا أقرع بينهما ) وما ذكرته من أن ذلك مفرع على القول الثاني : صريح كلام المبدع ، ففي كلام المصنف نظر ، لأنه يقتضي أن ذلك مفرع على المذهب ، ( وأيهما كان أحق بالتقديم فبدره الآخر فرمى ، لم يعتد له بسهمه أخطأ أو أصاب ) لعموم قوله ﷺ : « مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ » [(١)] .

( وإذا بدأ أحدهما في وجه بدأ الآخر في ) الوجه ( الثاني ) تعديلاً بينهما ، ( فإن شرطا البداءة لأحدهما في كل الوجوه ، لم يصح ) لأن موضوع المناضلة على المساواة ، وهذا تفاضل ، ( وإن فعلا ذلك من غير شرط برضاهما ، صح ) لأن البداءة لا أثر لها في الإصابة ولا في وجود الرمي ، ( وإذا رمى البادىء بسهم رمي الثاني بسهم كذلك ، حتى يقضيا رميهما ) لأنه العرف ، ( وإن رميا سهمين فحسن ) وكذا لو رميا خمساً خمساً أو نحوه ، ( وإن شرطا أن يرمي أحدهما رشقة ، ثم يرمي الآخر ) رشقة جاز ، ( أو ) اشترطا أن ( يرمي أحدهما عدداً ، ثم يرمي الآخر مثله جاز ) وعمل به لحديث : « المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » [(٢)] .

---

(١) سبق تخريجه مفصلاً . (٢) سبق تخريجه في عدة مواضع .

( وإن شرطا أن يبدأ كل واحد منهما من وجهين متواليين جاز ) لما تقدم ، ( والسنة أن يكون لهما غرضان ، يرميان أحدهما ، ثم يمضيان إليه فيأخذان السهام ، ثم يرميان الآخر ) لفعل الصحابة رضي الله عنهم . وقد روى مرفوعاً : « مَا بَيْنَ الغَرَضَيْنِ رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الجَنَّةِ » ، وقال إبراهيم التيمي : رأيت حذيفة ينشد بين الهدفين يقول : « أَنَا بِهَا فِي قَمِيصٍ » ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما مثل ذلك ، ( وإن جعلوا غرضاً واحداً جاز ) لأن المقصود يحصل به ، ( وإذا تشاحا في ) موضع ( الوقوف ) هل هو عن يمين الغرض أو يساره ، ونحو ذلك ، ( فإن كان الموضع الذي طلبه أحدهما أولى ، مثل أن يكون في أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ) يستقبل ( ريحاً يؤذيه استقبالها ، ونحو ذلك، والآخر يستدبرها ) أي الشمس أو الريح ( قدم قول من طلب استدبارها ) لأنه أحظ لهما ، ( إلا أن يكون في شرطها ) أي المناضلة ( استقبال ذلك ، فالشرط أولى ) بالاتباع لدخولهم عليه ، ( كما لو اتفقا على الرمي ليلاً ) فإنه يعمل بما اتفقا عليه ، (فإن كان الموقفان سواء ) في استدبار الشمس أو الريح ( كان ذلك ) أي الوقوف ( إلى الذي يبدأ فيتبعه الآخر ، فإذا كان ) أي صار ( في الوجه الثاني وقف الثاني ، حيث شاء ويتبعه الأول ) ليستويا ، ( وإذا أطارت الريح الغرض ، فوقع السهم موضعه ، فإن كان شرطهم خواصل احتسب له به ) لأنه لو كان الغرض موضعه لأصابه ، وكذا لو كانا أطلقا الإصابة ، ولو كان الغرض جلداً وخيط عليه شنبر كشنبر المنخل ، وجعل له عرى وخيوطاً تعلق به في العرى ، فأصاب السهم الشنبر أو العرى وشرطهم خواصل اعتد به ؛ لأن ذلك من الغرض ، وأما المعاليق وهي الخيوط فلا يعتد بإصابتها مطلقاً لأنها ليست من الغرض ، وإن أصاب السهم سهماً في الغرض قد علق نصله فيه وباقيه خارج منه لم يحتسب له به ، ولا عليه ، وإن كان السهم قد غرق في الغرض إلى فُوقه حسبت له إصابته ، لأنه لو لم يكن لأصاب الغرض يقيناً ، وإذا تناضلا على أن الإصابة حوابي على أن من خسق منهما كان بجايين ، أو على ما يقرب من الشن ، سقط الذي هو منه أبعد ، جاز ، قاله القاضي وابن عقيل ، ( وإن كان ) شرطهم (خواسق ) ، وأطارت الريح الغرض فوقع السهم موضعه ( لم يحتسب له ) أي رامي السهم ( به ولا عليه ) لأنا لا ندري هل كان يثبت في الغرض لو كان موجوداً أو لا ؟ ، ( وإن وقع ) السهم ( في غير موضع الغرض احتسب به على راميه ) لتبين خطئه ، (وإن وقع ) السهم ( في الغرض في الموضع الذي طار إليه ) الغرض ( حسبت ) الرمية ( عليه أيضاً ، إلا أن يكون اتفقا على رميه في الموضع الذي طار إليه ، وكذا الحكم لو ألقت

الريح الغرض على وجهه ) إذا وقع السهم فيه حسب على راميه ، ( وإن عرض ) لأحدهما ( عارض من كسرقوس ، أو قطع وتر ، أو ريح شديدة لم يحتسب عليه ولا له بالسهم ) لأن العارض كما يجوز أن يصرفه عن الصواب إلى الخطأ يجوز أن يصرفه عن الخطأ إلى الصواب ، وإن حال حائل بينه وبين الغرض فنفذ منه وأصاب الغرض ، حسب له ، لأن هذا من سداد الرمي وقوته ، ( وإن عرض مطر أو ظلمة ) عند الرمي (جاز تأخير الرمي) لأن المطر يرخى الوتر ، والظلمة عذر لا يمكن معه فعل المعقود عليه، ولأن العادة الرمي نهاراً ، إلا أن يشترطاه ليلاً ، فيلزمه كما تقدم ، ( ويكره للأمين والشهود ) وغيرهم ممن حضر ( مدح أحدهما أو ) مدح ( المصيب وعيب المخطئ ، لما فيه من كسر قلب صاحبه ) وغيظه . قال في الفروع : ويتوجه في شيخ العلم وغيره مدح المصيب من الطلبة وعيب غيره كذلك . وفي الإنصاف : قلت : إن كان مدحه يفضي إلى تعاظم الممدوح ، أو كسر قلب غيره ، قوى التحريم ، وإن كان فيه تحريض على الاشتغال ونحوه قوى الاستحباب ، والله أعلم ، ( ويمنع كل منهما من الكلام الذي يغيظ صاحبه ، مثل أن يرتجز ويفتخر ، ويتبجح بالإصابة ، ويعنف صاحبه على الخطأ، أو يظهر أنه يعلمه ، وكذا الحاضر معهما ) يمنع من ذلك ، وإن أراد أحدهما التطويل والتشاغل عن الرمي ، بما لا حاجة إليه من مسح القوس والوتر ونحو ذلك ، لعل صاحبه ينسى القصد الذي أصاب به ، أو يفتر . منع ذلك وطولب بالرمي ولا يزعج بالاستعجال بالكلية ، بحيث يمنع من تحري الإصابة .

( وإن قال قائل : ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم ، وإن أخطأت فعليك درهم ، لم يصح ) ذلك ، ( لأنه قمار ) وإن قال : من أراد رمي سهم لحاضره : إن أخطأت فلك درهم ، لم يجز لأن الجعل إنما يكون في مقابلة عمل ، ولم يوجد من الحاضر عمل ، فيستحق به شيئاً ، ( وإن قال ) إنسان لآخر : ارم هذا السهم ، و( إن أصبت به فلك درهم ) صح جعالة لا نضالاً ، ( أو قال ) لآخر : ( ارم عشرة أسهم ، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم ) صح جعالة ، ( أو قال ) : ارم عشرة أسهم ، و( لك بكل سهم أصبت به منها درهم ، أو ) لك ( بكل سهم زائد على النصف من الصيبات درهم ) صح جعالة ، ( أو قال ) ارم عشرة أسهم ، فـ ( ـإن كان صوابك أكثر ) من خطئك ، ( فلك بكل سهم أصبت به درهم ، صح ) ذلك ، (وكان جعالة ) لأنه بذل مال على ما فيه غرض صحيح ، ويلزمه الجعل بالإصابة التي شرطها

(لا نضالاً ) لأن النضال إنما يكون بين اثنين أو جماعة على أن يرموا جميعاً ، ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقاً ، ( وإن شرطا أن يرميا ) أي المتناضلان من اثنين أو حزبين ( أرشاقاً ) جمع رشق ، وتقدم معناه ( كثيرة معلومة جاز ، وإن شرطا أن يرميا منها كل يوم قدراً اتفقا عليه جاز ) لحديث : « المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » [1] .

( وإن أطلقا العقد جاز ، وحمل ) الإطلاق ( على التعجيل ، والحلول ، كسائر العقود ) نحو بيع وصداق ، ( فيرميان من أول النهار إلى آخره ) لأنه العادة ، ( إلا أن يعرض عذر من مرض أو غيره ، فإذا جاء الليل تركاه إلا أن يشترطا ) الرمي ( ليلاً فيلزم) الشرط ، وتقدم .

( فإن كانت الليلة مقمرة منيرة اكتفى بذلك ) لحصول المقصود به ، ( وإلا ) بأن كانت مظلمة ( رميا في ضوء شمعة أو مشعل ) ليتأتى تحري الإصابة .



(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

# باب العارية

بتخفيف الياء وتشديدها ، وأصلها من عار ، إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للبطال : عيار ، لتردده في بطالته ، والعرب تقول : أعاره وعاره ، كإطاعة وطاعه . قال الأصحاب ، تبعاً للجوهري : هي مشتقة من العار ، وفيه شيء ، لأنه ﷺ فعلها ، وأصل المادة فيها قيل : العري ، وهو التجرد ، فسميت عارية لتجردها عن العوض ، كما تسمى النخلة الموهوبة عرية ، لتعريها عن العوض ، وقيل : من التعاور ، أي التناوب لجعل مالها للغير نوبة في الانتفاع بها ، ( وهي ) أي العارية ( العين المعارة ) أي المأخوذة من مالكها ، أو مالك منفعتها ، أو مأذونهما للانتفاع بها مطلقاً ، أو زمناً معلوماً بلا عوض ، وتطلق كثيراً على الإعارة مجازاً ، ويرد على تعريفه الدور ، والعارة بمعنى العارية . قال تميم بن مقبل :

فأخلق وأتلف ، إنما المال عارة     وكله مع الدهر الذي هو آكله

( والإعارة : إباحة نفعها بغير عوض ) من المستعير أو غيره ، والإباحة رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكاً له ، ( وهي ) أي الإعارة ( مندوب إليها ) لأنها من البر والتقوى . وقال تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ (١) ، وقوله تعالى : ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ (٢) . قال ابن عباس وابن مسعود : « هي العواري » ، وقوله ﷺ: « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ » (٣) ، والمعنى شاهد بذلك ، فهي كهبة الأعيان ، ( ويشترط كونها ) أي العين المعارة ( منتفعاً بها مع بقاء عينها ) كالدور والعبيد والثياب والدواب ونحوها ، لأن النبي ﷺ « اسْتَعَارَ مِنْ أَبِي طَلْحَةَ فَرَساً ، ومِنْ صَفْوَانَ أَدْرُعاً (٤) ، وسُئِلَ عَنْ حَقِّ

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٢ .     (٢) سورة الماعون ، الآية : ٧ .

(٣) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٥/٢٦٧ ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، الحديث (٣٥٦٥) ، واللفظ له ، والترمذي في السنن : ٣/٥٦٥ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، وابن ماجة في السنن : ٢/٨٠١ - ٨٠٢ ، كتاب الصدقات ، باب العارية ، الحديث (٢٣٩٨) ، وابن حبان في صحيحه أورده الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٨٥) ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في العارية ، الحديث (١١٧٤) .

(٤) حديث استعارة النبي ﷺ أدرعاً من صفوان بن أمية كان يوم حنين ، وهو عند أحمد في المسند: ٣/٤٠١ ، ٦/٤٦٥ في مسند صفوان بن أمية رضي الله عنه ، وعند أبي داود في السنن في كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، الحديث (٣٥٦٢)، والحاكم في المستدرك : ٢/٤٧، كتاب =

الإبلِ ؟ فَقَالَ : أعَارَهُ دَلْوِهَا وَإِطْرَاقُ فَحْلِهَا »[1] ، فثبت ذلك في المنصوص عليه،والباقي قياساً ، وخرج بذلك مالاً ينتفع به إلا مع تلف عينه كالأطعمة والأشربة ، لكن إن أعطاها بلفظ الإعارة ، فقال ابن عقيل : احتمل أن يكون إباحة الانتفاع على وجه الإتلاف ، ( وتنعقد ) الإعارة ( بكل قول أو فعل يدل عليها ، كقوله : أعرتك هذا ) الشيء ، ( أو أبحتك الانتفاع به ، أو يقول المستعير : أعرني هذا أو أعطنيه أركبه ، أو أحمل عليه ، فيسلمه ) المعير ( إليه ونحوه ) كاسترح على هذه الدابة ، وكدفعه الدابة لرفيقه عند تعبه ، وتغطيته بكسائه إذا رآه برد ، لأنها من البر ، فصحت بمجرد الدفع ، كدفع الصدقة ومتى ركب الدابة أو استبقى الكساء عليه كان ذلك قبولاً . قال في الترغيب: يكفي ما دل على الرضا من قول أو فعل ، كما لو سمع من يقول : أردت من يعيرني كذا فأعطاه كذا ، لأنها إباحة لا عقد ، ( ويعتبر ) أيضاً ( كون المعير أهلاً للتبرع شرعاً ) لأن الإعارة نوع من التبرع ، لأنها إباحة منفعة ، فلا يعير مكاتب ولا ناظر وقف، ولا ولي يتيم من ماله ، ( و ) يعتبر أيضاً ( أهلية مستعير للتبرع له ) بتلك العين، بأن يصح منه قبولها هبة ، فلا تصح إعارة المصحف لكافر . ( وإن شرط ) المعير ( لها ) أي الإعارة ( عوضاً معلوماً في ) عارية ( مؤقتة ) بزمن معلوم ( صح ) ذلك ، (وتصير إجارة ) تغليباً للمعنى ، كالهبة إذا شرط فيها ثواب معلوم كانت بيعاً ، ( وإن قال : أعرتك عبدي ) أو نحوه ( على أن تعيرني فرسك ) أو نحوه ، ففعلا ، (فإجارة فاسدة غير مضمونة للجهالة ) لأنهما لم يذكرا مدة معلومة ولا عملاً معلوماً . قال الحارثي: وكذا لو قال : أعرتك هذه الدابة لتعلفها ، أو هذا العبد لتمونه . انتهى . وإن عينا المدة والمنفعة ، صحت إجارة لما تقدم . ( وتصح إعارة الدراهم ، و ) إعارة (الدنانير للوزن ) وليعاير عليها ، كإجارتها لذلك . وكذا المكيل والموزون . ( فإن استعارها ) أي الدراهم والدنانير ( لينفقها ) أو أطلق ، ( أو استعار مكيلاً أو موزوناً ) ليأكله ، أو أطلق ( فقرض ) تغليباً للمعنى فملكه بالقبض ، ( وتصح ) الإعارة ( في ) ذي ( المنافع المباحة) دون المحرمة كالزمر ، والطبل ، والغناء ، ( و ) تصح ( إعارة كلب صيد ) أو ماشية ، أو حرث ، ( و ) إعارة ( فحل للضراب ) لأن نفع ذلك مباح ، ولا محظور في إعارتهما لذلك ، والمنهي عنه هو العوض المأخوذ في ذلك ، ولذلك امتنعت إجارته .

( وتحرم إعارة بضع ) - بضم الباء - أي فرج ، لأنه لا يباح إلا بملك أو نكاح .

---

= البيوع ، باب أد الأمانة . . . ، والبيهقي في الكبرى : ٦/ ٨٩ ، كتب العارية ، باب العارية مضمونة .

(١) الحديث أخرجه السيوطي في الكبير ، وعزاه للطبراني في الكبير ورمز له بالحسن .

( و ) تحرم ( إعارة عبد مسلم لكافر لخدمته خاصة ، كـ ) ـما تحرم ( إجارته لها ) أي للخدمة ، فإن أعاره أو أجره لعمل في الذمة غير الخدمة صحتا ، وتقدم في الإجارة .

( و ) تحرم ( إعارة صيد ) لمحرم ، لأن إمساكه له محرم .

( و ) تحرم إعارة ( ما يحرم استعماله في الإحرام ) من نحو طيب ( لمحرم ) لأنه معاونة على الإثم والعدوان ، ( فإن فعل ) بأن أعار صيداً لمحرم ، ( فتلف الصيد ) بيد المحرم ( ضمنه ) المحرم ( منه بالجزاء ، وللمالك بالقيمة ) وتقدم في الإحرام توضيحه .

( و ) تحرم ( إعارة عين لنفع محرم ، كإعارة دار لمن يتخذها كنيسة ، أو يشرب فيها مسكراً ، أو يعصى الله فيها ، وكإعارة سلاح لقتال في الفتنة ، وآنية ليتناول بها محرماً) من نحو خمر .

( و ) إعارة ( أواني الذهب والفضة ، و ) إعارة ( دابة ممن يؤذي عليها محترماً ، و ) إعارة ( عبد ، أو أمة لغناء أو نوح أو زمر ونحوه ) لأن ذلك كله إعانة على الإثم والعدوان المنهي عنه ، وكإجارة ذلك .

( وتجب إعارة مصحف لمحتاج إلى قراءة فيه ، ولم يجد غيره إن لم يكن مالكه محتاجاً إليه ) وخرج ابن عقيل وجوب الإعارة أيضاً في كتب للمحتاج إليها من القضاة والحكام وأهل الفتاوي . وقال ابن الجوزي : ينبغي لمن ملك كتاباً أن لا يبخل بإعارته لمن هو أهل له ، وكذلك ينبغي إفادة الطالب بالدلالة على الأشياخ وتفهيم المشكل .

« **فائدة** » : قال المروزي : قلت لأبي عبد الله : رجل سقطت منه ورقة فيها أحاديث وفوائد ، فأخذتها ، ترى أن أنسخها وأسمعها ؟ قال : لا ، إلا بإذن صاحبها ، ( ولا تعار الأمة للاستمتاع ) بها في وطء ودواعيه لأنه لا يباح إلا بملك أو نكاح ، ( فإن وطيء ) المستعير الأمة المعارة ( مع العلم بالتحريم فعليه الحد ) لانتفاء الشبه إذن ، (وكذا هي ) يلزمها الحد ( إن طاوعته ) عالمة بالتحريم ، ( وولده رقيق ) تبعاً لأمه ، ولا يلحقه نسبه لأنه ولد زنا ، ( وإن كان ) وطيء ( جاهلاً ) بأن اشتبهت عليه بزوجته ، أو سريته ، أو جهل التحريم لقرب عهده بالإسلام ، ( فلا حد ) عليه لحديث : « ادْرَءُوا الْحُدُود بِالشُّبُهَاتِ »[1] ، وكذا هي لا حد عليها إن جهلت أو أكرهت ، ( وولده حر

---

(١) الحديث وجدناه من رواية أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها بلفظ : « ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم » ، وهو عند ابن أبي شيبة في المصنف ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/٣٣ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ، الحديث (١٤٢٤)، واللفظ له ، وقال: « رواه وكيع عن يزيد=

ويلحق به ) للشبهة ، ( وتجب قيمته ) يوم ولادته على المستعير ( للمالك ) لأنه فوته عليه باعتقاده الحرية ، ( ويجب مهر المثل فيهما ) وأرش البكارة ، أي فيما إذا وطيء عالماً أو جاهلاً ، ( ولو مطاوعة ) لأن المهر للسيد فلا يسقط بمطاوعة الموطوءة ، ( إلا أن يأذن فيه ) أي في الوطء ( السيد ) فلا مهر ولا أرش ولا فداء للولد ، لأنه أسقط حقه بإذنه ، ( وأما ) إعارة الأمة ( للخدمة فإن كانت برزة ) أي تبرز للرجال لقضاء الحوائج، ( أو ) كانت ( شوهاء ) قبيحة المنظر ( جاز ) لسيدها أن يعيرها مطلقاً للأمن عليها ، والجواز يحتمل نفي التحريم والكراهة ، فلا ينافي أن أصل العارية الندب ، ويحتمل أنه على ظاهره ، فحينئذ تكمل للعارية الأحكام الخمسة ، ( وكذا إن كانت ) الأمة ( شابة ) يعني جميلة ولو كبيرة، ( وكانت الإعارة لمحرم، أو امرأة، أو صبي ) لأنه مأمون عليها، ( وإن كانت ) إعارة الشابة ( لشاب كره ، خصوصاً العزب ) لأنه لا يؤمن عليها .

( وتحرم إعارتها ) أي الأمة ، ( وإعارة أمرد وإجارتهما لغير مأمون ) لأنه إعانة على الفاحشة . ( وقال ابن عقيل : لا تجوز إعارتها للعزاب الذين لا نساء لهم من قرابات ولا زوجات ) لما فيه من التعرض للخلوة بالأجنبيات ، ( وتحرم الخلوة بها ) أي بالأمة المعارة على ذكر غير محرم كغير المعارة ، ( و ) يحرم أيضاً ( النظر إليها بشهوة ) كمؤجرة .

( وتكره استعارة أبويه ) وإن علوا من أب وأم وجد وجدة ( للخدمة ، لأنه يكره للولد استخدامهما ) فكرهت استعارتهما لذلك ، ( وللمستعير الرد ) أي رد العارية ( متى شاء) لأنها ليست لازمة ، ( ولمعير الرجوع ) في عارية ( متى شاء ، مطلقة كانت ) العارية (أو مؤقتة ) لأن المنافع المستقبلة لم تحصل في يد المستعير ، فلم يملكها بالإعارة ، كما لو لم تحصل العين الموهوبة في يده ، ولأن المنافع إنما تستوفي شيئاً فشيئاً ، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها ، والذي لم يستوفه لم يقبضه ، فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض ( ما لم يأذن ) المعير ( في شغله ) أي المعار بفتح الشين وسكون الغين المعجمة ، مصدر شغل يشغل ، وفيهما أربع لغات ( بشيء يستضر المستعير برجوعه ) أي المعير في العارية (مثل

---

= ابن زياد ولم يرفعه ، ورواية وكيع أصح » ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٣٨٤/٤ ، كتاب الحدود، باب إن وجدتم لمسلم مخرجاً ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٢٣٨/٨ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ، واللفظ الذي ذكره المؤلف ذكره السخاوي في المقاصد الحسنة (ص٣٠) ، رقم (٤٦) ، وقال : أخرجه الحارثي في مسند أبي حنيفة رضي الله عنه من حديث مقسم عن ابن عباس به مرفوعاً ، وكذا هو عند ابن عدي أيضاً ، وفي ترجمة الحسين بن علي بن أحمد الخياط المقري من الذيل لأبي سعد بن السمعاني ، وذكر له عدة طرق ، راجع المقاصد طبع الخانجي (ص٣٠) ، رقم (٤٦) .

أن يعيره سفينة لحمل متاعه ، أو ) يعيره ( لوحاً يرقع به سفينة فرقعها به ولجج في البحر ، فليس له ) أي المعير ( الرجوع ) في العارية ، ( والمطالبة ) بالسفينة واللوح ( ما دامت ) السفينة ( في اللجة حتى ترسى ) لما فيه من الضرر ، فإذا رست جاز الرجوع لانتفاء الضرر ، ( وله ) أي المعير ( الرجوع قبل دخولها ) أي السفينة ( البحر ) لانتفاء الضرر ، ( ولا لمن أعاره أرضاً للدفن ) الرجوع ( حتى يبلى الميت ويصير رميماً ، قاله ابن البناء ) لما فيه من هتاك حرمته .

وقال المجد في شرحه : بأن يصير رميماً ولم يبق شيء من العظام في الموضع المستعار وعبارة المقنع ، وتبعها في المنتهى وغيره : حتى يبلى الميت . قال في المبدع : وقال ابن البناء : لا يرجع حتى يصير رميماً . ومقتضاه : أنهما قولان ، ولعل الخلف لفظي، كما يعلم من كتب اللغة . قال في الصحاح : والرميم البالي . وقال ابن الجوزي : تخرج عظامه ، ويأخذ أرضه ولا أجرة له ، ( وله ) أي المعير ( الرجوع ) في أرضه (قبل الدفن) لانتفاء الضرر ، ( ولا لمن أعاره حائطاً ليضع عليه ) أي الحائط ( أطراف خشبه ، أو لتعلية سترة عليه ) الرجوع في الحائط ( ما دام ) الخشب أو بناء السترة (عليه) لما فيه من الضرر ، ( وله ) أي رب الحائط ( الرجوع ) في حائطه ( قبل الوضع، و ) له الرجوع ( بعده ) أي الوضع ( ما لم يبن عليه ) لانتفاء الضرر ، ( أو ) أي إلا أن ( تكون العارية لازمة ابتداء ) بأن احتاج إلى التسقيف ، ولم يمكن إلا بوضع خشبه على جدار جاره ولا ضرر وأعاره لذلك ، فلا رجوع له ، وتقدم في الصلح .

( فإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه ) أي الخشب ( عليه لزم إزالته ، لأنه يضر بالمالك ) والضرر لا يزال بالضرر ، ( وإن لم يخف عليه ) أي الحائط السقوط ، ( لكن استغنى ) المستعير ( عن بقائه ) أي الخشب ( عليه ) أي الحائط ( لم يلزم ) المستعير (إزالته) فيها من الضرر ، ( فإن سقط ) الخشب ( عنه ) أي عن الحائط المعار لوضعه (لهدم) الحائط ( أو غيره ) كسقوط الخشب مع بقاء الحائط ( لم يملك ) المستعير ( رده ) أي إعادة الخشب ، لأن العارية ليست بلازمة ، وإنما امتنع الرجوع قبل سقوطه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه ، وقد زال ( إلا بإذنه ) أي المعير ( أو عند الضرورة ) بأن لا يمكن تسقيف إلا به ( إن لم يتضرر الحائط ) لحديث أبي هريرة ، (سواء أعيد ) الحائط ( بآلته الأولى أو غيرها ، وتقدم في الصلح ) مفصلاً ، ( ولا لمن أعاره أرضاً للزرع ) الرجوع فيها ( قبل الحصاد ) لما فيه من الضرر ، ( فإن بذل المعير قيمة الزرع ليتملكه لم يكن له ذلك ) بخلاف الغراس والبناء ، ( لأن له وقتاً ينتهي إليه) بخلافهما ( إلا أن يكون ) الزرع ( مما يحصد قصيلاً فيحصده ) المستعير ( وقت أخذه

عرفاً ) لعدم الضرر إذن . قال المجد : ولا أجرة عليه ، ( وإذا أطلق ) المعير ( المدة في العارية ) فلم يقيدها بزمن ( فله ) أي المستعير ( أن ينتفع بها ) أي بالعارية ( ما لم يرجع ) المعير ، ( وإن وقتها ) المعير ( فله ) أي المستعير ( أن ينتفع بها ) أي بالعارية (ما لم يرجع ) المعير ( أو ) أي إلى أن ( ينقضي الوقت ) فلا ينتفع إلا بإذن لانتهاء الإعارة ، ( فإن كان المعار أرضاً ) وانقضت مدة الإعارة ( لم يكن له ) أي المستعير ( أن يغرس ، ولا يبني ، ولا يزرع بعد الوقت ) الذي حدث به الإعارة ، ( أو ) بعد (الرجوع ) في الإعارة ، ( فإن فعل شيئاً من ذلك ) بأن غرس ، أو بني ، أو زرع بعد الوقت أو الرجوع ( فكغاصب ) على ما يأتي تفصيله لعدوانه .

( وإن أعارها ) أي الأرض ( لغرس ، أو بناء وشرط ) المعير ( عليه ) أي المستعير (القلع في وقت ) عينه ( أو ) شرط القلع ( عند رجوعه ثم رجع ) المعير ( لزمه ) أي المستعير ( القلع ) أي قلع ما غرسه أو بناه عند الوقت الذي ذكره ، أو عند رجوع المعير. وظاهره : ولو لم يأمره المعير بالقلع ، لقوله ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » [1] . قال في الشرح : حديث صحيح ، ولأن المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الذي دخل عليه ، ولا يلزم رب الأرض نقص الغراس والبناء ، ( ولا يلزمه ) أي المستعير (تسوية الأرض) إذا حصل فيها حفر ( إلا بشرط ) المعير عليه ذلك لرضاه بذلك ، حيث لم يشترطه على المستعير ، فإن شرطه عليه لزمه لدخوله على ذلك ، ( وإن لم يشرط ) المعير ( عليه ) أي المستعير ( القلع ) أي قلع غراسه وبنائه ، ( لم يلزمه ) أي المستعير القلع ( إلا أن يضمن له المعير النقص ) لمفهوم قوله ﷺ : « لَيْسَ لِعِرَقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » [1] والمستعير إنما حصل غراسه أو بناؤه في الأرض بإذن ربها ، ولم يشترط عليه قلعه ، فلم يلزمه لدخول الضرر عليه بنقص قيمة ذلك ، ولأن العارية عقد إرفاق ومعونة ، وإلزامه بالقلع مجاناً يخرجه إلى حكم العدوان والضرر .

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

(٢) الحديث من رواية سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ، أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الخراج والإمارة والفيئ ، باب في إحياء الموات ، الحديث (٣٠٧٣) ، والترمذي في السنن : ٣/ ٦٦٢، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، الحديث (١٣٧٨) ، موصولاً من طريق هشام ابن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد رضي الله عنه . قال الترمذي : « هذا حديث حسن غريب ، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً » . والعرق الظالم هو الغرس في أرض الغير ، وكذا أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٧٤٣ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في عمارة الموات . الحديث (٢٦) ، وهو عنده مرسل عن عروة .

قال المجد في شرحه : ومتى أمكن القلع من غير نقص أجبر عليه المستعير ، ( فإن قلع ) المستعير غرسه أو بناءه باختياره ، ( فعليه تسوية الأرض ) من الحفر لأنها حصلت بفعله لتخليص ماله كالمستأجر ، ( وإن أبى القلع فى الحال التي لا يجبر فيها ) بأن كان عليه فيه ضرر ولم يشترط عليه ، ( فللمعير أخذه بقيمته بغير رضا المستعير ، أو قلعه وضمان نقصه ) لأن ذلك شرع دفعاً لضرره وضرر المستعير ، وجمعا بين الحقين ، ومؤنة القلع على المستعير كالمستأجر ، ولو دفع المستعير قيمة الأرض ليتملكها لم يكن له ذلك ، لأنها أصل ، والغراس والبناء تابع ، بدليل تبعهما لها في البيع دون تبعها لهما ، ( فإن أبى ) المعير ( ذلك ) أي الأخذ بالقيمة والقلع مع ضمان النقص لم يجبر عليه ، فإن طلب أحدهما البيع ( بيعا ) أي الأرض والغراس أو البناء ( لهما ) أي لمالكيهما أي عليهما ، ويجبر الآخر ، لأن ذلك طريق لتخلص كل منهما من مضارة الآخر ، ( فإن أبيا ) أي المعير والمستعير ( البيع ترك ) الغراس أو البناء ( بحاله وقفاً ) في الأرض حتى يتفقا ، لأن الحق لهما ، ومتى بيعا دفع لرب الأرض قيمتها فارغة والباقي لرب الغراس أو البناء ، ( وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر ) لأنه يملك عينها ونفعها ، وليس له التصرف بما يضر الشجر أو البناء ، لأنهما محترمان لوضعهما بإذنه، ( وللمستعير الدخول لسقي وإصلاح وأخذ ثمرة ) لأن الإذن في فعل شيء إذن فيما يعود بصلاحه ، ( وليس له ) أي المستعير ( الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه ) كمبيت فيها ، لأنه لا يعود بصلاح ماله ، لأنه ليس بمأذون فيه نطقاً ولا عرفاً ، ( وأيهما ) أي المعير أو المستعير ( طلب البيع وأبى الآخر ) البيع ( أجبر ) الممتنع ( عليه ) كما تقدم ، إزالة للضرر عنهما ، ( ولكل منهما بيع ماله ) من أرض، أو غراس، أو بناء (منفرداً لمن شاء ) من صاحبه أو غيره لأنه ملكه ، ( فيقوم المشتري ) لشيء من ذلك ( مقام البائع ) فمشتري الأرض بمنزلة المعير ، ومشتري الغراس أو البناء بمنزلة المستعير ، ( ولا أجرة على المستعير من حين رجوع ) معير ( في ) نظير بقاء ( غرس وبناء ) في معارة ، ( و ) لا أجرة للمعير أيضاً في ( سفينة في لجة بحر ، و ) لا أجرة له من حين رجوع في (أرض) أعارها لدفن ( قبل أن يبلى الميت ) لأن بقاء هذه بحكم العارية ، فوجب كونه بلا أجرة كالخشب على الحائط ، ولأنه لا يملك الرجوع في عين المنفعة المذكورة لإضراره بالمستعير إذن ، فلا يملك طلب بدلها كالعين الموهوبة ، ( بل في زروع ) أي إذا أعاره الأرض للزرع ثم رجع المعير قبل أوان حصاده وهو لا يحصد قصيلاً ، فإن له مثل أجرة الأرض المعارة من حين رجع إلى حين الحصاد ، لوجوب تبقيته في أرض المعير إلى أوان حصاده قهراً عليه ، لكونه لم يرض بذلك بدليل رجوعه ، ولأنه لا يملك أن يأخذ الزرع

بقيمته ، لأن له أمداً ينتهي إليه ، وهو قصير بالنسبة إلى الغرس ، فلا داعي إليه ، ولا أن يقلعه ويضمن نقصه لأنه لا يمكن نقله إلى أرض أخرى بخلاف الغرس وآلات البناء، ( ويجوز أن يستعير دابة ليركبها إلى موضع معلوم ، فإن جاوزه فقد تعدى ) لأنه بغير إذن المالك ، ( وعليه أجرة المثل للزائد ) على المأذون فيه ( خاصة ) لأنه الذي حصل فيه التعدي دون ما استعار له ، ( وإن قال المالك : أعرتكها ) لتركبها أو تحمل عليها ( إلى فرسخ ، فقال المستعير ) بل أعرتنيها ( إلى فرسخين ، فالقول قول المالك ) لأنه منكر لإعارة الزائد ، والأصل عدمها ، كما لو أنكر الإعارة من أصلها .

( وإن اختلفا في صفة العين حين التلف ) بأن قال المعير : كان العبد كاتباً ، أو خياطاً ونحوه وأنكره المستعير ، ( أو ) اختلفا ( في قدر القيمة ) أي قيمة العين المعارة بعد تلفها، ( فقول مستعير ) بيمينه ، لأنه غارم ومنكر لما يدعيه المعير من الزيادة ، والأصل عدمها إلا أن يكون للمعير بينة ، وعلى قياس ما تقدم في غير موضع : إنما يقبل قول مستعير إن ساغ ، ( وإن حمل السيل بذراً إلى أرض ) لغير مالك البذر ، (فنبت فيها فهو) أي الزرع ( لصاحبه ) أي البذر لأنه نماء ملكه ( مبقي إلى الحصاد ) لعدم عدوان ربه ، وإن كان يحصد قصيلاً حصد ، قاله الحارثي .

( ولرب الأرض أجرة مثله ) لأن إلزامه تبقية زرع لم يأذن فيه في أرضه بغير أجرة أضرار به ، فوجب أجر المثل ، كما لو انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع بغير تفريطه ولا يجبر رب الزرع على قلعه ، ( وإن أحب مالكه قلعه فله ذلك ، وعليه تسوية الحفر وما نقصت ) لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه ، ( وإن حمل ) السيل ( غرساً ) إلى أرض آخر فنبت فيها ( فكغرس مشتر شقصاً فيه شفعة ) إذا أخذه الشفيع، فلرب الأرض أن يتملكه بقيمته أو يقلعه ، ويضمن نقصه كالشفيع ، وليس له قلعه مجاناً ، لأنه لم يحصل من ربه عدوان فيه ، ( وكذا حكم نوى وجوز ولوز ونحوه ) من بندق وفستق وشبههما ( إذا حمله ) السيل ، ( فنبت ) في أرض لآخر فلرب الأرض تملكه بقيمته ، أو قلعه مع ضمان نقصه ، ولا يقلعه مجاناً لعدم عدوان ربه ، ( وإن حمل ) السيل ( أرضاً بشجرها فنبت في أرض أخرى ) كما كانت قبل حملها ، ( فهي) أي الأرض ذات الشجر المحمولة ( لمالكها ) ، و( يجبر ) مالكها ( على إزالتها ) لأن في بقائها إشغالاً لملك الغير بما يدوم ضرره بغير اختياره ، لكن تقدم في حكم الجوار أن رب الشجر لا يجبر على إزالة عروق شجره وأغصانها من أرض جاره وهوائه ؛ لأنه حصل بغير اختيار مالكها ولم يظهر لي الفرق بينهما ، إلا أن يقال هنا : يمنع الانتفاع بالكلية بخلاف الأغصان والعروق ، ( وإن ترك صاحب الأرض المنتقلة ) بشجرها تلك الأرض

لصاحب الأرض المتنقلة إليها سقط عنه الطلب ، ( أو ) ترك رب ( الشجر ) ، أو البناء (أو الزرع ) ، أو النوى ( ذلك ) المذكور من أرض ، أو شجر ، أو بناء ، أو زرع ، أو نوى ( لصاحب الأرض التي انتقل إليها، لم يلزمه نقله ولا أجرة ولا غير ذلك ) وسقط عنه الطلب بسبب ذلك ، لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه ، وكانت الخيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به ، إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه ، ذكره في الشرح .

★ ★ ★

## ( فصل في حكم المستعير )

وحكم مستعير في استيفاء المنفعة كمستأجر لأنه ملك التصرف بإذن المالك ، أشبه المستأجر ، ( فإن أعاره أرضاً للغرس ، والبناء ، أو لأحدهما فله ذلك ) أي أن يفعل ما استعار له ، ( و ) له ( أن يزرع ما شاء ) لأن الضرر أخف ، هكذا ذكره الأصحاب هنا، وذكر في المغني في الإجارة إن أجرها للبناء امتنع الغرس والزرع ، لأن ضررهما يختلف ، فتمتنع الزراعة هنا كذلك ، وهو الصحيح ، قاله الحارثي .

( وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن ) لأنهما أكثر ضرراً ، ( وإن استعارها للغرس أو البناء فليس له الآخر ) لأن ضررهما مختلف ، ( و ) حكم مستعير (كمستأجر في استيفائها ) أي المنفعة ( بنفسه وبمن يقوم مقامه ) وهو وكيله لأنه نائبه ، ( و ) مستعير كمستأجر أيضاً ( في استيفائها ) أي المنفعة ( بعينها وما دونها في الضرر من نوعها ) فإذا أعاره لزرع البر ، فله زرعه وزرع ما دونه ، لا ما فوقه ضرراً ، كدخن وذرة، وإذا أعاره للركوب لم يحمل وعكسه ، ( وغير ذلك ) أي حكم المستعير حكم المستأجر في غير ما ذكر مما تقدم في الإجارة ( إلا أنهما ) أي المستعير ، والمستأجر ( يختلفان في شيئين ، أحدهما ) أن المستعير ( لا يملك الإعارة ولا الإجارة على ما يأتي ) لأنه لا يملك المنفعة بل الانتفاع ، ( والثاني : الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع ) لأنها عقد جائز ، فلا أثر للجهالة فيه للتمكن من قطعها بالفسخ ، بخلاف الإجارة ( فلو أعاره مطلقاً ) أي أعاره عيناً ولم يبين صفة الانتفاع بها ( ملك ) المستعير ( الانتفاع بالمعروف في كل ما هو ) أي المعار ( مهيأ ) أي صالح ( له كالأرض مثلاً تصلح للبناء ، والغراس والزراعة ، والارتباط ) فله الانتفاع بها في أي ذلك أراد ، ( وما كان غير مهيئ له ، وإنما يصلح لجهة واحدة كالبساط إنما يصلح للفرش ، فالإطلاق فيه كالتقييد للتعيين ) أي لتعين نوع الانتفاع ( بالعرف ) فيحمل الإطلاق عليه ، ( فله ) أي المستعير ( استنساخ الكتاب المعار ، و ) له ( دفع الخاتم المعار إلى من ينقش له على مثاله ) لأن المنافع واقعة

له ، فهو كالوكيل ، ( وإذا أعاره ) أرضاً ( للغرس ، أو للبناء ، أو للزراعة لم يكن له) أي المستعير ( ما زاد على المرة الواحدة ) بلا إذن المعير لعدم تناول الإذن للزائد ، ( فإن زرع) المستعير ( أو غرس ) أو بني ( ما ليس له ) زرعه أو ( غرسه ) أو بناؤه ، (فكغاصب ) لأنه تصرف بغير إذن المالك ، ( واستعارة الدابة للركوب لا تفيد السفر بها) لأنه ليس مأذوناً فيه نطقاً ولا عرفاً ، ( والعارية المقبوضة مضمونة ) روي عن ابن عباس وأبي هريرة لما روي الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَى تُؤَدِّيهُ »[1] رواه الخمسة وصححه الحاكم .

وعن صفوان : « أَنَّهُ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ يَوْمَ حُنَيْنٍ أَدْرَاعاً فَقَالَ : أَغَصْبَاً يَا مُحَمَّدُ ؟ قَالَ: بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ »[2] رواه أحمد وأبو داود .

وأشار أحمد إلى الفرق بين العارية والوديعة بأن العارية أخذتها اليد ، والوديعة دفعت إليك ، ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في إتلاف ، فكان مضموناً كالغصب وقاسه في المغني والشرح على المقبوض على وجه السوم، فيضمنها المستعير ( بقيمتها يوم التلف ) لأنه حينئذ يتحقق فوات العارية فوجب اعتبار الضمان به إن كانت متقومة ، ولعل المراد بيوم التلف : وقته ليلاً كان أو نهاراً (بكل حال ) أي لا فرق بين أن يتعدى فيها ، أو يفرط فيها ، أو لا ، ( وإن شرط نفي ضمانها ) أي لم يسقط ، لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع، فالشرط فاسد ، ( وإن كانت ) العارية ( مثلية ) وتلفت ، ( فـ ) ـضمانها ( بمثلها ) لأنه أقرب إليها من القيمة ، ( وكل ما كان أمانة ) لا يزول عن حكمه بشرط ضمنه كالوديعة والرهن ، ( أو ) كان ( مضموناً لا يزول عن حكمه بالشرط ) لأن شرط خلاف مقتضى العقد فاسد ، ( ولو استعار وقفاً ككتب علم وغيرها ) كأدراع موقوفة على الغزاة ، (فتلفت بغير تفريط ) ولا تعد ، ( فلا ضمان ) قال في شرح المنتهى : ولعل وجه عدم ضمانها لكون قبضها ليس على وجه يختص المستعير بنفعه ، لكون تعلم العلم وتعليمه، والغزو من المصالح العامة ، أو لكون الملك فيه ليس لمعين ، أو لكونه من جملة المستحقين له . أشبه ما لو سقطت قنطرة موقوفة بسبب مشيه عليها ، والله أعلم .

وفي التعليل الأول نظر ، إذ عليه لا فرق بين الملك والوقف ، ومقتضى التعليلين الأخيرين : أن ذلك لو كان وقفاً على معين وتلف ضمنه مستعيره كالمطلق ، وهو ظاهر. ولم أره .

---

(١) انظر تخريجه ص (١٨٩١) رقم (١)

(٢) سبق تخريجه .

( وإن كان ) استعار كتب العلم الموقوفة ونحوها ( برهن ) وتلفت ( رجع ) الرهن (إلى ربه ) وعلى ما تقدم في الرهن لا يصح أخذ الرهن عليها لأنها أمانة ، فيرد الرهن لربه مطلقاً وإن فرط لفساده ، ويضمن المستعير ما تلف منها بتفريطه أو تعديه ، ( ولو أركب دابته منقطعاً لله تعالى فتلفت ) الدابة ( تحته لم يضمن ) المنقطع الدابة ، إذ المالك هو الطالب لركوبه تقرباً إلى الله تعالى ، وكذا لو غطى ضيفه بنحو لحاف فتلف لم يضمنه ، ( وكذ رديف ربها ) بأن أركب إنساناً خلفه فتلفت الدابة تحتهما لم يضمن الرديف شيئاً ، لأن الدابة بيد مالكها ، ( و ) كذا ( رائض ) الدابة وهو الذي يعلمها السير إذا تلفت تحته لم يضمنها لأنه أمين .

( و ) كذا ( وكيله ) أي وكيل رب الدابة إذا تلفت في يده لم يضمنها ، لأنه ليس بمستعير ، وكذا حيوان موصي بنفعه إذا قبضه الموصي له وتلف في يده بغير تفريط لم يضمنه ، لأن نفعه مستحق لقابضه ، ( ولو قال ) آخذ لدابة : ( لا أركب إلا بأجرة وقال ) الدافع : ( لا آخذ أجرة ولا عقد بينهما ) ، وأخذها ( فـ ) ـهي ( عارية ) تثبت لها أحكام العارية ، لأن ربها لم يبذلها إلا كذلك ، وكذا لو استعمل المودع الوديعة بإذن ربها ، ( وإن تلفت أجزاؤها ) باستعمالها بمعروف فلا ضمان ، ( أو ) تلفت العارية (كلها باستعمال ) لها ( بمعروف ، كحمل منشفة وطنفسة ) بكسر نون في اللغة العالية ، واقتصر عليها جماعة منهم ابن السكيت . وفي لغة بفتحتين ، وهي بساط له خمل دقيق ( ونحوهما ) لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف الحاصل به ، وما أذن في إتلافه لا يضمن كالمنافع . قال ابن نصر الله : فعلى هذا لو تلفت بالانتفاع بالمعروف فلا ضمان ، وعلم من قوله بمعروف : أنه لو حمل في الثوب تراباً فتلف ضمنه لتعديه بذلك ، ( أو ) تلفت العرية أو جزؤها ( بمرور الزمان فلا ضمان ) لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه ، أشبه تلفه بالفعل المأذون فيه ، ولو جرح ظهر الدابة بالحمل وجب الضمان، سواء كان الحمل معتاداً أو لا ، لأنه غير مأذون فيه ، والاحتراز منه ممكن عند الحمل بخلاف حمل المنشفة ، ذكره الحارثي .

( وكذا لو تلف ولدها ) أي العارية الذي سلم معها لأنه لم يدخل في الإعارة ولا فائدة للمستعير فيه ، أشبه الوديعة ، فإن قيل : تقدم أن الحمل وقت عقد مبيع فعليه هنا يكون معاراً ، قلت : يفرق بينهما بأن العقد في البيع على العين ، بخلاف العارية فإنه على المنافع ، ولا منفعة للحمل يرد عليها العقد ، ( أو ) تلفت ( الزيادة ) التي حصلت في العين المستعارة عند المستعير لم يضمنها ، لأنه لم يرد عليها عقد العارية ، وعلم منه:

أن الزيادة لو كانت موجودة عند العقد كما لو كانت الدابة سمينة ، فهزلت عند المستعير أنه يضمن نقصها .

قلت : إن لم تذهب في الاستعمال بالمعروف أو بمرور الزمان ، ( وليس لمستعير أن يعير ) المعار ، ( ولا ) أن ( يؤجره إلا بإذن ) ربه ، لأنه لا يملك منافعه ، فلا يصح أن يبيحها ولا أن يبيعها بخلاف مستأجر وتقدم . قال الحارثي : ولا يودعه ، (ولا يضمن مستأجر منه ) أي المستعير ( مع الإذن ) من المعير إذا تلفت العين عنده بلا تفريط، كالمستأجر من ربها ، ( وتقدم في الإجارة ، و ) إذا أجر المستعير بإذن المعير العارية ، فـ ( ـالأجرة لربها ) لأنها بدل عما يملكه من المنافع ( لا له ) أي المستعير ، لأنه لا ملك له في المنافع ، وإنما يملك الانتفاع ، ( فإن أعار ) المستعير ( بلا إذن ) المعير ( فتلفت ) العارية ( عند ) المستعير ( الثاني ضمن ) رب العين ( القيمة والمنفعة أيهما شاء) ، أما الأول فلأنه سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه ، أشبه ما لو سلط على مال غيره دابة فأكلته ، وأما الثاني فلأن العين والمنفعة فاتا على مالكهما في يده ، (والقرار) في ضمانهما ( على الثاني ) لأنه المستوفي للمنفعة بدون إذن المالك ، وتلف العين إنما حصل تحت يده ، ومحل ذلك ( إن كان ) الثاني ( عالماً بالحال ) أي بأن العين لها مالك لم يأذن في إعارتها ، وكذا لو أجرها بلا إذنه ، ( وإلا ) يكن الثاني عالماً بالحال ( استقر عليه ضمان العين ) لأنه قبضها على أنها عارية والعارية مضمونة ، (ويستقر ضمان المنفعة على ) المستعير ( الأول ) لأنه غر الثاني بدفعها له على أن يستوفي بغير عوض ، وعكس ذلك : لو أجرها لجاهل بالحال فيستقر على المستأجر ضمان المنفعة، وعلى المستعير ضمان العين ، ( وليس له ) أي المستعير ( أن يستعمل ما استعاره في غير ما يستعمل فيه مثله ، مثل أن يحشو القميص قطناً كما يفعل بالجوالق ) غرارة من شعر ونحوه ، ( أو يحمل فيه ) أي القميص ( تراباً أو يستعمل المناشف والطنافس في ذلك ) أي حشو القطن أو التراب ، ( أو يستظل بها من الشمس أو نحوه ) لأنه غير مأذون فيه لفظاً ولا عرفاً ، ( فإن فعل ) ذلك ( ضمن ما نقص من أجزائها بهذه الاستعمالات ) لتعديه بها ، ( فإن اختلفا ) أي المعير والمستعير ( فيما ذهبت به أجزاؤها فقال المستعير ) ذهبت ( بالاستعمال المعهود ) أي المعتاد ، ( وقال المعير ) ذهبت ( بغيره ولا بينة ، فقول مستعير مع يمينه ويبرأ من ضمانها ) لأنه منكر . والأصل براءته . (ويجب ) على المستعير ( الرد ) للعارية ( بمطالبة المالك ) له بالرد ، ولو لم ينقض غرضه منها ، أو بمضي الوقت ، لأن الإذن هو المسلط لحبس لعين وقد انقطع بالطلب ، (و) يجب الرد أيضاً ( بانقضاء الغرض من العين ) المعارة ، لأن الانتفاع هو الموجب

للحبس ، وقد زال ( وبانتهاء التأقيت ) إن كانت العارية مؤقتة لانتهائها ، ( وبموت المعير أو المستعير ) لبطلان العارية بذلك ، لأنها عقد جائز من الطرفين ، ( وحيث تأخر الرد فيما ذكرنا ، ففيه ) أي المعار ( أجرة المثل ) لمدة تأخيره ( لصيرورته ) أي المعار (كالمغصوب ، قاله الحارثي ) لعدم الإذن فيه ، ( وعلى مستعير مؤنة رد العرية إلى مالكها كمغصوب ) لما تقدم من قوله ﷺ : « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيه » [(١)] ، وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة الرد على من وجب عليه الرد .

و( لا ) يجب على المستعير ( مؤنتها ) أي العارية من مأكل ومشرب ما دامت ( عنده) بل ذلك على مالكها كالمستأجرة ، ( وعليه ) أي المستعير ( ردها ) أي العارية ( إليه ) أي المالك أو وكيله ( إلى الموضع الذي أخذها منه ) كالمغصوب ( إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره ) قاله في الشرح .

( ولا يجب على المستعير أن يحملها ) أي العارية ( له ) أي المعير ( إلى موضع آخر) غير الذي استعاره فيه ، ( فإذا أخذها ) أي العارية ( بدمشق وطالبه ) مالكها بها (ببعلبك ، فإن كانت معه لزم الدفع ) لعدم العذر ، ( وإلا ) تكن معه ببعلبك ، ( فلا) يلزمه حملها إليها ، لأن الإطلاق إنما اقتضى الرد من حيث أخذ ، إعادة للشيء إلى ما كان عليه ، فلا يجب ما زاد ، ( وإن استعار ما ليس بمال ككلب مباح الاقتناء ) قلت : أو جلد ميتة مدبوغ ( أو أبعد حراً صغيراً ) ، قلت : ومثله مجنون ( عن بيت أهله لزمه ردهما ، و ) لزمه ( مؤنة الرد ) لعموم ما تقدم من قوله ﷺ : « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » [(٢)] ، ولو مات الحر لم يضمنه ، كما يأتي في الباب عقبه وفي الديات ، (فإن رد ) المستعير ( الدابة إلى إصطبل ) بقطع الهمزة مكسورة وفتح الطاء وسكون الباء غير عربي ( مالكها ، أو ) إلى ( غلامه ، وهو القائم بخدمته وقضاء أموره عبداً كان أو حراً ) لم يبرأ بذلك ، ( أو ) ردها إلى ( المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها) ولم يسلمها لأحد ، لم يبرأ بذلك ، ( أو ) رد العارية ( إلى عياله الذين لا عادة لهم

---

(١) الحديث من رواية ضمرة بن جندب رضي الله عنه ، أخرجه أحمد في المسند : ٨/٥ ، ١٣ ، والدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في العارية مؤداة ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، الحديث (٣٥٦١) ، والترمذي في السنن : ٥٦٦/٣ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، الحديث (١٢٦٦) ، وقال : « حسن صحيح » ، وابن ماجة في السنن : ٨٠٢/٢ ، كتاب الصدقات ، باب العارية ، الحديث (٢٤٠٠) ، والحاكم في المستدرك : ٤٧/٢ ، كتاب البيوع ، باب لا يجوز لامرأة في مالها ، وقال : « صحيح الإسناد على شرط البخاري » ، وأقره الذهبي .

(٢) راجع تخريج ما قبله .

بقبض ماله لم يبرأ من الضمان ) لأنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها ، فلم يبرأ كالأجنبي ، ( وإن ردها ) أي رد المستعير الدابة ، ( أو ) رد ( غيرها ) من العواري (إلى من جرت عادته بجريان ذلك ) أي الرد ( على يده كسائس ) رد إليه الدابة ، ( و ) كـ (زوجة متصرفة في ماله وخازن ) إذا رد إليهما ما جرت عادتهما بقبضه، ( و ) كـ (وكيل عام في قبض حقوقه ، قاله ) القاضي ( في المجرد ، بريء ) المستعير من الضمان لأنه مأذون في ذلك عرفاً ، أشبه ما لو أذن له فيه نطقاً ، ( وإن سلم شريك إلى شريكه الدابة المشتركة ، فتلفت بلا تفريط ولا تعد ، بأن ساقها فوق العادة ) مثال للتعدي المنفي، وقوله : ( من غير انتفاع ونحوه ) متعلق بسلم ( لم يضمن ، قاله الشيخ ) لأنه أمين ، ( ويأتي تتمة في الهبة ) وإن ساقها فوق العادة ضمن ، وإن سلمها إليه ليعلفها ويقوم بمصلحتها ونحوه ، لم يضمن ، وإن سلمها إليه لركوبها لمصالحه وقضاء حوائجه عليها فعارية ، ( ومن استعار شيئاً ثم ظهر مستحقاً فلمالكه أجر مثله ) لأنه لم يأذن في استعماله ( يطالب به من شاء منهما ) ، أما الدافع فلتعديه بالدفع ، وأما القابض فلقبضه مال غيره بغير إذنه ، ( فإن ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم ) لأنه غره ( ما لم يكن ) المستعير ( عالماً ) بالحال ، فيستقر عليه الضمان ، لأنه دخل على بصيرة ، ( وإن ضمّن ) المالك ( المعير ) الأجرة ( لم يرجع ) بها ( على أحد ) إن لم يكن المستعير عالماً وإلا رجع عليه لما تقدم ، ( ويأتي في الغصب ) موضحاً .



## فصل

وإن دفع إليه دابة أو غيرها من الأعيان المنتفع بها مع بقائها ، ( ثم اختلفا ) أي المالك والقابض ، ( فقال ) المالك : ( أجرتك ، فقال ) القابض : ( بل أعرتني ) ، وكان ذلك ( عقب العقد ) بأن لم يمض زمن له أجرة عادة ( والدابة ) أو غيره ( قائمة ) لم تتلف ، ( فقول القابض ) بيمينه ، لأن الأصل عدم عقد الإجارة ، ( و ) حينئذ (ترد) العين ( إلى مالكها ) لأنه لا مستحق لها غيره .

( وإن كان ) الاختلاف ( بعد مضي مدة لها أجرة ) عادة ، ( فـ ) القول ( قول مالك فيما مضى من المدة ) مع يمينه لأنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك القابض ، فقدم قول المالك ، كما لو اختلفا في عين ، فادعى المالك بيعها والآخر هبتها ، إذ المنافع تجري مجرى الأعيان ( دون ما بقي ) من المدة ، فلا يقبل قول المالك فيه ، لأن الأصل عدم العقد ، ( و ) إذا حلف المالك فـ ( له أجرة مثل ) لأن الإجارة لا تثبت بدعوى

المالك بغير بينة ، وإنما يستحق بدل المنفعة ، وهو أجرة المثل ، ( وإن كانت الدابة قد تلفت ) ، وقال المالك : أجرتكها . وقال القابض : أعرتنيها ( لم يستحق صاحبها المطالبة بقيمتها ، لإقراره بما يسقط ضمانها ) وهو الإجارة ، ( ولا نظر إلى إقرار المستعير) بالعارية ، ( لأن المالك رد قوله بإقرره ) بالإجارة ، ( فبطل ) إقراره ، ( وإن قال ) المالك : ( أعرتك ) العين ، ( قال ) القابض : ( بل أجرتني والبهيمة تالفة ) فقول مالك ، لأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان ، ( وإن اختلفا في ردها ) بأن قال مستعير : رددتها ، وأنكره المالك ، ( فقول مالك ) بيمينه ، لأن الأصل عدم الرد، وكالمدين إذا أدعى أداء الدين ، ( وإن قال ) القابض : ( أعرتني ، أو أجرتني قال ) المالك : ( بل غضبتني ، فإن كان اختلافهما عقب العقد والبهيمة قائمة أخذها مالكها ، ولا شيء له ) لأن الأصل عدم الإجارة والعارية ، ولم يفت منها شيء ليأخذ المالك عوضه ، ( وإن كان ) اختلافهما ، و( قد مضى مدة لها أجرة فقول المالك ) بيمينه لما تقدم من أن الأصل عدم الإجارة والعارية ، وأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان ، ( فتجب له أجرة المثل على القابض ) للعين ، حيث لا بينة له ، لأن الأصل عدم ما ادعاه ، ( وإن تلفت الدابة ) واختلفا ( ففي مسئلة دعوى القابض العارية ) والمالك الغصب ( هما متفقان على ضمان العين ) ، إذ كل من الغصب والعارية مضمون (مختلفان في الأجرة ) لأن المالك يدعيها لدعواه الغصب ، والقابض ينكرها بدعواه العارية ، ( والقول قول المالك ) لما تقدم ، ( فـ ) يحلف ، و( تجب له أجرة المثل ) على القابض ( كما تقدم ، وفي دعواه ) أي القابض ( الإجارة ) مع دعوى المالك الغصب هما ( متفقان على وجوب الأجرة ، مختلفان في ضمان العين ، والقول قول المالك ، فيغرم القابض قيمتها إذا كانت تالفة في الصورتين ) أي في دعوى الإجارة ودعوى العارية ، حيث ادعى المالك الغصب فيهما ، ويغرم القابض أيضاً أجرة مثلها إلى حين التلف فيهما، كما علم مما تقدم ، ( وإن قال ) المالك : ( أعرتك ، قال ) القابض : ( بل أودعتني ، فقول مالك ) بيمينه ، لما تقدم ، ( ويستحق ) المالك ( قيمة العين إن كانت تالفة ) ولا أجرة ، ( وعكسها ) بأن قال المالك : أودعتك ، فقال القابض : أعرتني .

( فـ ) القول ( قوله ) أي المالك ( أيضاً ) لما تقدم ، ( فيضمن ) القابض ( ما انتفع به ) أي أجرة انتفاعه بالمقبوض ، ويرد العين إن كانت باقية ، وإلا فقيمتها أيضاً ، وإذا ادعى أنه زرعها عارية . وقال ربها : إجارة ، فقول ربها ، ذكره الشيخ تقي الدين .



# باب الغصب وجناية البهائم وما في معنى ذلك من الإتلافات

( الغصب حرام ) إجماعاً ، لقوله تعالى : ﴿ لا تَأْكُلُوا أمْوَلَكُمْ بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ ﴾ ، وقوله ﷺ : « لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ » [٢] رواه ابن ماجة والدارقطني .

( وهو ) أي الغصب : مصدر غصب الشيء يغصبه - بكسر الصاد - غصباً ، واغتصبه يغتصبه اغتصاباً ، والشيء مغصوب وغصب . وهو في اللغة : أخذ الشيء ظلماً ، قاله الجوهري وابن سيده ، وشرعاً : ( استيلاء غير حربي عرفا ) أي فعل بعد استيلاء عرفا ( على حق غيره ) من مال أو اختصاص ( قهراً بغير حق ) فعلم منه : أن الغصب لا يحصل بغير الاستيلاء ، ويأتي ، وأن استيلاء الحربي على ما لنا ليس غصباً ، لأنه يملكه بذلك كما تقدم في الغنيمة ، وأن السرقة والنهب والاختلاس ليست غصباً لعدم القهر فيها ، وأن استيلاء الولي على مال موليه ليس غصباً ، لأنه بحق .

قيل : « قهراً » زيادة في الحد ، لأن الاستيلاء يدل عليه . قال في المبدع : وفيه نظر، لأنه لا يستلزمه ، مع أنه يخرج بقيد القهر ما تقدم من المسروق والمنتهب والمختلس . ودخل في الحد : ما يؤخذ من الأموال بغير حق كالمكوس ، ( وتضمن أم ولد ) بغصب لأنها تجري مجرى المال ، بدليل أنها تضمن بالقيمة في الإتلاف ، لكونها مملوكة كالقن، بخلاف الحرة ، فإنها ليست بمملوكة ، فلا تضمن بالقيمة ، ( و ) يضمن ( قن ) بغصب ذكراً كان أو أنثى ، كسائر المال ، ( و ) يضمن ( عقار بغصب ) لما روى سعيد بن زيد: أن النبي ﷺ قال : « مَنْ اقْتَطَعَ مِنَ الأَرْضِ شِبْراً ظُلْماً طَوَّقَهُ اللهُ يَوْمَ القِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » [٣] متفق عليه ، ولأن ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغصب كالمنقول والعقار بفتح العين . قال أبو السعادات : هو الضيعة والنخل والأرض ، فيضمن

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٩ .

(٢) الحديث من رواية أنس بن مالك أخرجه الدارقطني في السنن : ٢٦/٣ ، كتاب البيوع ، باب البيوع .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب بدء الخلق ، باب ما جاء في سبع أرضين ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١٠٣٨) .

الغاصب العقار ( إذا تلف بغرق ونحوه ) كسائر المغصوبات ، ( لكن لا تثبت يد على بضع ) بضم الباء ، وجمعه أبضاع كقفل وأقفال ، يطلق على الفرج والجماع والتزويج والبضاع : الجماع لفظاً ومعنى ، ذكره في الحاشية ، ( فيصح تزويج الأمة المغصوبة ) قنا كانت أو أم ولد ، أو مدبرة أو مكاتبة ، ( ولا يضمن الغاصب مهرها لو حبسها عن النكاح حتى فات ) نكاحها ( بالكبر ) أي كبرها ، لأن النفع إنما يضمن بالتفويت إذا كان مما تصح المعاوضة عليه بالإجارة ، والبضع ليس كذلك .

( ولا يحصل الغصب من غير استيلاء ، فلو دخل أرض إنسان أو داره ؛ صاحبها فيها أو لا ) سواء دخل ( بإذنه أو بغير إذنه لم يضمنها بدخوله ) حيث لم يقصد الاستيلاء ، ( كما لو دخل صحراة له ) لأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمن بالعارية . وهذا لا يثبت به العارية ، ولا يجب به الضمان فيها ، فكذلك لا يثبت به الغصب .

« تنبيه » في قوله : صحراة نظر . قال في الصحاح : تقول هذه صحراء واسعة ، ولا تقول هذه صحراة ، فتدخل تأنيثاً على تأنيث .

« فائدة » : لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين ، فيكفي مجرد الاستيلاء ، فإذا ركب دابة واقفة لإنسان وليس هو عندها صار غاصباً ، ولو دخل داراً قهراً وأخرج ربها فغاصب ، وإن أخرجه قهراً ولم يدخل أو دخل مع حضور ربها وقوته فلا ، وإن دخل قهراً ولم يخرجه فقد غصب ما استولى عليه وإن لم يرد الغصب فلا ، وإن دخلها قهراً في غيبة ربها فغاصب ، ولو كان فيها قماشه ، ذكره في المبدع .

( وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه ) وهو كلب صيد وماشية وحرث لزمه رده ، ( أو ) غصب ( خمر ذمي مستورة ) أو خمر خلال لزمه ردها ، لأنها غير ممنوع من إمساكها ، وكذا لو غصب دهناً متنجساً ، لأنه يجوز الاستصباح به في غير مسجد ، ( أو تخلل خمر مسلم في يد غاصب ، لزمه رده ) لأنها صارت خلا على حكم ملكه ، فإن تلف ضمنه . وقوله : « مسلم » ليس بقيد ، بل خمر الذمي إذا تخلل بيد الغاصب يجب رده بطريق الأولى ، لأنه كان يجب رده قبل التخلل ، فبعده أولى ( لا ما أريق ) من خمر مسلم ، ولعل المراد غير خلال ، ( فجمعه آخر فتخلل ) في يد جامعه ، فلا يلزمه رده (لزوال يده هنا ) بالإراقة ، ( وإن أتلف ) غاصب أو غيره ( الكلب أو الخمر ولو كان المتلف ذمياً لم تلزمه قيمتها ) لأنهما ليس لهما عوض شرعي ، لأنه لا يجوز بيعهما (كخنزير ، و ) كـ ( خمر غير مستورة ) ولو لذمي ، ( وتجب إراقة خمر المسلم ) غير الخلال لأنه لا يقر على اقتنائه ، ( ويحرم ردها ) أي الخمر ( إليه ) أي المسلم غير الخلال

لأنه إعانة له على ما يحرم عليه ، ( وإن غصب جلد ميتة نجسة ، لم يلزمه ) أي الغاصب ( رده ) ولو دبغه ، ( لأنه لا يطهر بدبغه ، ولا قيمة له ) لأنه لا يصح بيعه ، واختار الحارثي : يجب رده حيث قلنا ينتفع به في اليابسات ، لأن فيه نفعاً مباحاً كالكلب المقتني ، وصححه في تصحيح الفروع ، وهو القياس ، وقطع به ابن رجب ، واختاره أيضاً الموضح . وقال : وصرحوا بوجوب رده في الإقرار بالمجمل ، ( وإن استولى على حر لم يضمنه بذلك ، و ) لو كان ( صغيراً ) لأنه ليس بمال ، ( ويأتي في الديات إن شاء الله تعالى ) بأوضح من ذلك ، لكن تقدم في الباب قبله : إذا أبعده عن بيت أهله يلزمه رده ومؤنته عليه ، ولا يضمن دابة عليها مالكها الكبير ومتاعه ، لأنها في يد مالكها ، نقله ابن رجب عن القاضي ، وجزم به في المنتهى ، ( ويضمن ) الغاصب ( ثيابه ) أي ثياب حر صغير ، ( وحليه ) وإن لم ينزعه عنه ، لأنه مال ، أشبه ما لو كان منفرداً ، ( وإن استعمله ) أي الحر كبيراً كان أو صغيراً ( كرهاً ، أو حبسه ) مدة ، فعليه أجرته ) لأن منفعته مال يجوز أخذ العوض عنها ، فضمنت بالغصب ، ( كـ ) منافع ( العبد ، وإن منعه ) أي منع إنسان آخر ( العمل من غير حبس ، فلا ) ضمان عليه في منافعه ، ( ولو ) كان الممنوع ( عبداً ) لأن منافعه فاتت تحت يده ، فلا يضمنها الغير .

★ ★ ★

## ( فصل فيما يجب على الغاصب )

ويلزمه أي الغاصب ( رد المغصوب إلى محله ) الذي غصبه منه ، ( وإن بعد ، إن قدر على رده ) أي إن كان باقياً لقوله ﷺ : « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة وحسنه الترمذي ، ولما روى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده : « لا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لاعِباً أَوْ جَاداً، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا»[1] رواه أبو داود ، ( ولو غرم ) الغاصب ( عليه ) أي الرد ( إضعاف قيمته ) لأنه هو المعتدي ، فلم ينظر إلى مصلحته ، فكان أولى بالغرامة ، ( فإن قال ربه ) أي المغصوب المبْعد : ( دعه ) مكانه ( وأعطني أجرة رده ) إلى مكانه ، ( وإلا ألزمتك برده ) لم يلزمه ، لأنها معاوضة فلا يجبر عليها ( أو طلب ) رب المغصوب ( منه ) أي الغاصب

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٤/ ٢٢١ في مسند يزيد بن السائب رضي الله عنه ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الأدب ، باب من يأخذ الشيء على المزاح ، الحديث (٥٠٠٣) ، والترمذي في السنن : ٤/ ٤٦٢ ، كتاب الفتن ، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً ، الحديث (٢١٦٠).

(حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد ، لم يلزمه) أي الغاصب ، ولو كان أقرب لأنها معاوضة ، ( وإن قال المالك : دعه ) أي المغصوب ( لي في المكان الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده ) إلى المكان الذي غصبه منه ، لأنه تصرف لم يؤذن له فيه ، (وإن قال ) المالك ( رده ) أي المغصوب ( إلى بعض الطريق ) إلى الموضع الذي غصبه منه ( لزمه ) رده إليه ، لأنه يلزمه إلى جميع المسافة ، فلزمه إلى بعضها ، كما لو أسقط رب الدين عن المدين بعض الدين وطلب منه باقيه ، ( ومهما اتفقا عليه من ذلك ) المذكور ( جاز ) لأن الحق لهما ، ( وإن خلطه ) أي المغصوب ( بما يمكن تمييزه منه ، أو) يمكن ( تمييز بعضه كحنطة ) خلطها ( بشعير أو بسمسم ، أو ) خلط ( صغار الحب بكباره ) ولو اتحد الجنس ، ( أو ) اختلط ( زبيب أحمر بأسود ) وما أشبهه ( لزمه ) أي الغاصب ( تخليطه ورده ) إلى مالكه ، ( وأجرة المميز عليه ) أي الغاصب ، لأنه بسبب تعديه ، فكان أولى بغرمه من مالكه ، لكون الشارع لم ينظر إلى مصلحة المتعدي ، (وإن) اختلط المغصوب بغيره ، و( لم يمكن تمييزه ، فسيأتي في الباب ، وإن شغل المغصوب بملكه ، كحجر بني ) الغاصب ( عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فإن بلى الخيط وانكسر الحجر ) بحيث لا ينتفع به ، وإلا رده مع أرشه ، ( أو كان مكانه خشبة فتلفت ) الخشبة ( لم يجب رده ) لأنه صار مستهلكاً ، ( ووجبت قيمته ) كما لو أتلفه ، ( وإن كان ) الحجر ، أو الخشبة ، أو الخيط ( باقياً بحاله ) أو متغيراً ( لزمه رده ) مع أرش نقصه أن نقص ، ( وإن انتقض البناء ) برد الحجر أو الخشبة ، ( وتفصل الثوب ) برد الخيط ، لأنه مغصوب أمكن رده ، فوجب كما لو لم ين عليه أو يخيط به ، وإن وصل به ، ( وإن سمر ) الغاصب ( بالمسامير ) المغصوبة ( باباً لزمه ) أي الغاصب (قلعها وردها ) للخبر ، ولا أثر لضرره ، لأنه حصل بتعديه ، ( وإن كانت المسامير من الخشبة المغصوبة ، أو ) كانت من ( مال المغصوب منه ، فلا شيء للغاصب ) في نظير عمله لتعديه به ، ( وليس له ) أي الغاصب ( قلعها ) لأنه تصرف لم يؤذن له فيه ، (إلا أن يأمره المالك ) بقلعها ( فيلزمه ) القلع ، ولا أثر لضرره ، لأنه حصل بتعديه ، (وإن كانت المسامير للغاصب ، فوهبها للمالك ، لم يجبر المالك على قبولها ) من الغاصب ، لما عليه من المنة ، ( وإن استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه ، فالأجر عليه ) لأنه غر العامل ، ولا شيء على المالك ، لأنه لم يأذن فيه ، (وإن زرع ) الغاصب ( الأرض فردها بعد أخذ الزرع ، فهو للغاصب ) قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه ، لأنه نماء ماله ، ( وعليه ) أي الغاصب ( أجرتها ) أي الأرض (إلى وقت تسليمها ) لأنه استوفى نفعها ، فوجب عليه عوضه ، كما لو استوفاه بالإجارة ،

ولأن المنفعة مال ، فوجب أن تضمن كالعين ، ( و ) عليه ( ضمان النقص ) إن نقصت كسائر الغصوب ، ( ولو لم يزرعها ) أي المغصوبة الغاصب ، ( فنقصت لترك الزراعة ، كأراضي البصرة أو نقصت ) المغصوبة ، ( لغير ذلك ضمن ) الغاصب ( نقصها ) لأنه نقص حصل بيده العادية ، ( وإن أدركها ) أي الأرض ( ربها ، والزرع قائم ) لم يحصد، ( فليس له إجبار الغاصب على قلعه ) لما روى رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: « مَنْ زَرَعَ فِي أرض قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ ، وَلَهُ نَفَقَتُهُ » [1] رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه ، ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه ، كما لو غصب سفينة فحمل فيها متاعه، وأدخلها لجة البحر ، لا يجبر على إلقائه ، فكذا هنا ، صيانة للمال عن التلف ، وفارق الشجر لطول مدته ، وحديث : « لَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » محمول عليه ، لأن حديثنا في الزرع ، فيحصل الجمع بينهما .

( ويخير ) مالك الأرض ( بين تركه ) أي الزرع ( إلى الحصاد بأجرته ) أي أجرة مثله وأرش نقصها إن نقصت ، ( وبين أخذه بنفقته ) لأن كل واحد منهما يحصل به غرضه، فملك الخيرة بينهما تحصيلاً لغرضه ، ( فيرد ) المالك إن اختار أخذ الزرع للغاصب (مثل البذر وعوض لواحقه ، من حرث وسقي وغيرهما ) لقوله ﷺ في الحديث السابق : «وَلَهُ نَفَقَتُهُ » [2] .

قال الإمام : إنما أذهب إلى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس . وظاهره : ولو كان عمل الحرث ونحوه بنفسه ، لأن العمل متقوم استهلك لمصلحة الزرع ، فوجب رد عوضه ، كما لو استأجر من عمله ، وهذا أحد احتمالين ذكرهما الحارثي ، ( ولا أجرة ) على الغاصب في الأرض المغصوبة ، إذا اختار المالك أخذ الزرع بنفقته مدة ( مكثه ) أي الزرع ( في الأرض ) المغصوبة ، لأن منافع الأرض في هذه المدة عادت إلى المالك ، فلم يستحق عوضها على غيره ، ( ويزكيه ) أي الزرع ( رب الأرض إن أخذه قبل وجوب الزكاة ) بأن تملكه قبل اشتداده لوجوبها وهو في ملكه ، ( و ) إن تملكه ( بعده ) أي بعد

(١) الحديث أخرجه أبو عبيد في الأموال (ص٣٦٤) ، كتاب أحكام الأرضين .... ، باب إحياء الأرضين واحتجارها ، الحديث (٧٠٨) ، وأحمد في المسند : ٤٦٥/٣ ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، الحديث (٣٠٤٣) ، والترمذي في السنن : ٦٤٨/٣ كتاب الأحكام ، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، الحديث (١٣٦٦) ، وقال : حسن غريب ، وابن ماجه في السنن : ٨٢٤/٢ ، كتاب الرهون ، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، الحديث (٢٤٦٦) .

(٢) راجع ما قبله .

وجوب ، بأن تملكه بعد الاشتداد ، فزكاته ( على الغاصب ) لأنه المالك وقت وجوبها ، صححه في الإنصاف . قال في تصحيح الفروع : وهذا الصحيح ، وقواعد المذهب تقتضيه .

والوجه الثاني : تزكية آخذه ، وهو مقتضى المنصوص واختيار الخرقي ، وأبي بكر ، وابن أبي موسى ، والحارثي وغيرهم ، لأنهم اختاروا أن الزرع من أصله لرب الأرض ، ولكن المذهب الأول . انتهى .

ومقتضى كلامه في التنقيح والمنتهى في الزكاة : أن المذهب لثاني ، وإن قلنا الملك للغاصب إلى أخذه ، ويفرق بين رب الأرض والمشتري ، بأن رب الأرض يتملكه بنفقته، فملكه استند إلى أول وجوده بخلاف المشتري ، ( وإن غرسها ) أي الأرض المغصوبة (الغاصب ، أو بني فيها ولو ) كان الغاصب شريكاً في الأرض المغصوبة ، ( أو فعله ) أي غرس، أو بني في الأرض أجنبي أو شريك (من غير غصب ، بلا إذن) رب الأرض ( أخذ ) أي ألزم ( بقلع غراسه ، و ) قلع ( بنائه ) إذا طالبه رب الأرض بذلك ، لقوله ﷺ : « لَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٍ حَق » [1] رواه الترمذي وحسنه ، وفي رواية أبي داود والدارقطني من حديث عروة بن الزبير قال : « وَلَقَدْ أَخْبَرَني الذي حدثني هَذَا الحديثَ : أنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إلى النَّبِيِّ ﷺ غَرَسَ أَحَدُهُمَا نَخْلاً فِي أَرْضِ الآخَرِ ، فَقَضَى لِصَاحِبِ الأَرْضِ بِأَرْضِهِ ، وأَمَرَ صَاحِبَ النَّخل أنْ يُخْرِجَ نَخْلَهُ مِنْهَا ، فَلَقَدْ رَأَيْتُهَ وَإِنَّهَا لَتُضْرَبُ أُصُولُهَا بِالْفُؤُوسِ ، وَإِنَّهَا لَنَخْلٌ عُم » . قال أحمد : العم الطول .

( و ) أخذ الغاصب أيضاً بـ ( تسوية لأرض وأرش نقصها ) لأنه ضرر حصل بفعله، فلزمه إزالته كغيره ، ( و ) عليه ( أجرتها ) أي أجرة مثل الأرض مدة احتباسها ، لأن منافعها ذهبت تحت يده العادية ، فكان عليه عوضها كالأعيان ، ( ثم إن كانت آلات البناء من المغصوب ) بأن كان فيه لبن أو آجر ، أو ضرب منه لبناً أو آجراً ، أو بني به فيه ، (فـ) ـعليه ( أجرتها مبنية ) لأن البناء والأرض ملك للمغصوبة منه الأرض ، ولا أجرة للغاصب لبنائه ، ( وإلا ) تكن الآلات البناء من المغصوب ، بل كانت الآلات للغاصب فعليه ( أجرتها غير مبنية ) لأنه إنما غصب الأرض وحدها ، وأما بناؤه بآلاته فله ، ( فلو أجرها ) أي أجر الغاصب الأرض المغصوبة المبنية بآلاته مع ما بها من بناء ، ( فالأجرة ) المستقرة على المستأجر ( لهما ) أي مشتركة بين الأرض ورب البناء ( بقدر قيمتهما ) أي قيمتي منفعتيهما ، فينظر : كم أجرة الأرض مبنية ، ثم أجرتها خالية ؟

---

(١) سبق تخريجه .

فما بينهما فهو أجرة البناء ، فيوزع ما يؤخذ من المستأجر على أجرة الأرض وأجرة البناء، فيختص كل واحد بأجرة ماله ، ( ولو جصص الغاصب الدار ) ونحوها ( أو زوقها ، فحكمه كالبناء) لأنه شغل ملك غيره بما لا حرمة له ، ( ولو غصب ) إنسان ( أرضاً وغراساً من شخص واحد فغرسه فيها ، فالكل لمالك الأرض ) ولا شيء للغاصب في نظير فعله لتعديه .

( فإن طالبه ) أي الغاصب ( ربها بقلعه ) أي الغرس ، ( وله في قلعه غرض صحيح أجير ) الغاصب ( عليه ) لأنه فوت على المالك غرضاً مقصوداً بالأرض ، فأوخذ بإعادتها إلى ما كانت عليه ، ( وعليه ) أي الغاصب ، وفي نسخة : وعلى ( تسوية الأرض ، و) أرش ( نقصها ، و ) أرش ( نقص الغراس ) لحصوله بتعديه ، ( وإن لم يكن ) للمالك ( في قلعه غرض صحيح لم يجبر ) الغاصب على القلع لأنه سفه ، ( وإن أراد الغاصب قلعه ) أي قلع الغراس أو البناء ( ابتدء ) من غير طلب من المالك ، ( فله منعه ) من القلع ، لأنهما ملكه ، فليس لغيره التصرف عليه بغير إذنه ، ( ويلزمه ) أي الغاصب (أجرته ) أي المغصوب إذا بناه الغاصب بآلات من المغصوب ( مبنياً ) لأن البناء والأرض ملك لربهما وتقدم ، وإن غصب أرضاً لرجل وغرساً من آخر وغرسه في الأرض ، ثم وقع النزاع في مؤنة القلع ، فكما لو حمل السيل غرساً إلى أرض آخر فنبت فيه ، على ما تقدم في العارية ، وهذا معنى كلام المجد ، فإذا قلنا : ليس له قلعه مجاناً وغرم أرش النقص رجع رب الأرض به على الغاصب ، لأنه تسبب في غرمه ، وكذا إذا زرع الأرض المغصوبة ببذر الغير ، هل له تبقيته بأجرة أو مجاناً ؟ على وجهين ، فإذا قلنا : لا أجرة فهي على الغاصب ، وعلى الوجه الآخر : تكون على صاحبه ، هذا حاصل كلام المجد ( ورطبة ونحو ) كنعناع وبقول مما يجرز مرة بعد أخرى ، أو يتكرر حمله كقثاء وباذنجان ( كزرع فيما تقدم ) في أن رب الأرض إذا أدركه قائماً له أن يتملكه بنفقته ، لأنه ليس له أصل قوي ، أشبه الحنطة والشعير ( لا كغرس ) أي ليس حكمه حكم الغرس ، وإذا غصب الأرض فغرسها وأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ، فهي له ، وكذا لو أدركها والثمرة عليها ، لأنه ثمرة شجره ، فكانت له كأغصانها ، قدمه في المغني ، والشرح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وابن رزين ، والمبدع . وصححه الحارثي ، قال : والقياس على الزرع ضعيف ، وعنه كالزرع ، إن أدركها قبل الجذاذ أخذها ، وعليه النفقة ، واختاره القاضي ، ( ولو أراد مالك الأرض ) المغصوبة ( أخذ البناء والغراس ) من الغاصب ( مجاناً ، أو ) أراد أخذهما ( بالقيمة وأبى مالكه ) أي الغراس أو البناء الإعطاء ( لم يكن له ) أي مالك ( ذلك ) لأنه عين مال الغاصب ، فلم يملك رب الأرض أخذه ، كما لو وضع فيها أثاثاً أو نحوه . وقال المجد في شرحه :

لصاحب الأرض تملك البناء والغراس بقيمته مقلوعاً ، إذا كانت الأرض تنقص بقلعه ، (وإن اتفقا) أي مالك الأرض ومالك الغراس أو البناء ( على تعويضه ) أي على ( أن يعوض رب الأرض رب الغراس أو البناء عنه ، جاز ) لأن الحق لا يعدوهما ، ( وإن وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الأرض ليتخلص ) الغاصب ( من قلعه فقبله المالك، جاز ) لتراضيهما ، ( وإن أبى ) مالك الأرض ( قبوله ) أي الغراس أو البناء من الغاصب ، ( وكان ) لرب الأرض ( في قلعه غرض صحيح ، لم يجبر ) رب الأرض (على قبوله) من الغاصب ، لأنه يفوت غرضه الصحيح ، فإن لم يكن في قلعه غرض صحيح ففيه احتمالان :

**أحدهما** : أنه يسقط الطلب عن الغاصب بقلعه ، لأنه سفه ، وقد زاد زيادة تنفعه ولا تضره .

**والثاني** : لا لأنه عقد يعتبر له الرضا ، فلم يجبر عليه كالبيع . قال في الإنصاف : الأولى أن لا يجبر ، ( وإن أخذ ) الغاصب أو غيره ( تراب أرض ) بغير إذن ربها (فضربه لبناً رده ) لأنه عين مال رب الأرض ، ( ولا شيء له ) في نظير عمله لتعديه به، ( إلا أن يجعل ) الغاصب ( فيه تبناً له ) أي للغاصب ، ( فله أن يحله ) أي اللبن (ويأخذ تبنه ) . قال الحارثي : لكن عليه ضمان اللبن ، لأنه قد تمحض للمالك ملكاً (إن كان يحصل منه شيء ) لأنه عين ماله ، وإن لم يكن يحصل منه فليس له حله بغير إذن ربه ، لأنه تصرف في مال الغير لغير حاجة ، ( وإن طالبه المالك بحله ) أي اللبن (لزمه) أي الغاصب حله ( إن كان فيه ) أي الحل ( غرض صحيح ) وإلا فلا ، لأنه سفه، (وإن جعله ) أي التراب بعد ضربه ( آجراً ) وهو اللبن المشوي ( أو فخاراً ) بفتح الفاء (لزمه) أي الغاصب ( رده ) للمالك ، ( ولا أجر له لعمله ) لأنه عدوان ( وليس له) أي الغاصب ( كسره ) أي الآجر أو الفخار ، ( ولا للمالك إجباره عليه ) أي الكسر، لأنه إضاعة مال بلا فائدة ، ( وإن غصب ) إنسان ( فصيلاً ) أو مهراً ونحوه (فأدخله داره فكبر ، وتعذر خروجه بدون نقض الباب ، أو ) غصب ( خشبة وأدخلها داره، ثم بني الباب ضيقاً ) بحيث ( لا تخرج ) الخشبة ( إلا بنقضه ، وجب نقضه ) أي الباب ، لضرورة وجوب الرد ، ( ورد الفصيل والخشبة ) لربهما ، ولا شيء على ربهما لأن المتعدي أولى بالضرر ، ( وإن كان حصوله ) أي الفصيل ( في الدار من غير تفريط من صاحبها ) بأن دخل الفصيل بنفسه أو أدخله ربه ( نقض الباب ، وضمانه على صاحب الفصيل ) لأنه لتحصيل ماله ، فيغرم مالكه أرش نقض البناء وإصلاحه ، (وأما الخشبة) إذا حصلت في الدار من غير تفريط صاحبها ، ( فإن كان كسرها أكثر

ضرراً من نقض الباب ) بأن تنقص قيمتها بالكسر أكثر من أرش نقضه وإصلاحه ، (فكالفصيل ) فينقض الباب ، ويغرم صاحبها أرش نقضه وإصلاحه ، ( وإن كان ) كسرها ( أقل ) ضرراً ( كسرت ) ولا شيء على صاحب الدار لعدم عدوانه ، ( وإن كان حصوله ) أي ما ذكر من الفصيل أو الخشبة ( في الدار بعدوان من صاحبه ، كمن غصب داراً ، وأدخلها فصيلاً أو خشبة ، أو تعدى على إنسان ، فأدخل داره فرساً ونحوها ) بغير إذنه ( كسرت الخشبة ، وذبح الحيوان ) المأكول ، ( وإن زاد ضرره على نقض البناء) لأن ربه هو الذي أدخل الضرر على نفسه بعدوانه ، وإن كان الحاصل من ذوات التركيب كالتوابيت والأسرة ، فكذلك إن فرط مالك الدار ، نقض الباب من غير أرش ، وإن فرط مالكه فكك التركيب ، ( وإن باع ) إنسان ( داراً وفيها ما يعسر إخراجه كخوابي ) غير مدفونة ، ( وخزائن ) غير مسمورة لما تقدم في البيع : إنه يتناول المتصل بها (حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو ) من ( تفصيله ) أي ما يتأتى تفصيله ، كخزائن ، ( و ) من ( ذبح الحيوان ) المأكول ( نقض ) الباب ، ( وكان ) أرش نقضه ، و( إصلاحه على البائع ) لأنه لتخليص ماله ، وكذا لو باع داراً وله فيها أسرة ، وتعذر الإخراج والتفكيك ، ( وإن كان ) نقض الباب لعدم فائدته ، (ويصطلحان على ذلك ، بأن يشتريه مشتري الدار وغير ذلك ) بأن يهبه له البائع ونحوه. وهذا اختيار الموفق .

وقال القاضي وابن عقيل ، وصاحب التلخيص وغيرهم : بنقض الباب ، وعلى البائع ضمان النقض ، ( وإن غصب لوحاً فرقع به سفينة لم يقلع ، وهي ) أي السفينة ( في اللجة حتى تخرج ) السفينة ( منها ) أي اللجة ، ( وترسي إن خيف عليها ) الغرق (بقلعه ) لأن في قلعه إفساداً لمال الغير ، مع إمكان رد الحق إلى مستحقه بعد زمن يسير بدونه ، ( ولو لم يكن فيها إلا مال الغاصب ، أو لم يكن فيها ذو روح محترم ) خلافاً لأبي الخطاب ، لأنه أمكن رد المغصوب من غير إتلاف ، كما لو كان فيها مال غيره ، (وعليه) أي الغاصب ( أجرته ) أي اللوح ( إليه ) أي إلى رده ، لذهاب منافعه بيده وأرش نقصه إن نقص .

( وإن كان اللوح في أعلاها ) أي السفينة ، بحيث ( لا تغرق بقلعه ، لزمه قلعه ) ورده لربه كما لو كانت بالساحل ، ( ولصاحب اللوح طلب قيمته حيث تأخر القلع ) لكونها في اللجة وخيف غرقها للحيلولة ، ( فإذا أمكن رد اللوح ) إلى ربه ( استرجعه ورد القيمة ) لزوال الحيلولة ، وعلى الغاصب الأجرة إلى حين بذله القيمة فقط ، ولا يملكه ببذلها بل يملكها ربه ، ( وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان محترم ) من آدمي

أو غيره ، ( وخيف من قلعه ) أي الخيط ( ضرر آدمي ) لم يقلع وعليه قيمته ، (أو) خيف من قلعه ( تلف غيره ) الآدمي ، ( فعليه ) أي الغاصب ( قيمته ) أي الخيط، لأنه تعذر رد الحق إلى مستحقه ، فوجب رد بدله ، وهو القيمة ، ولا يلزمه القلع ، لأن الحيوان آكد حرمة من بقية المال ، وكذا لو شد بالمغصوب جرحاً يثغب دمه ، أو جبر به نحو ساق مكسور ، ( وغير المحترم ) مبتدأ خبره ( كالمرتد والحربي والكلب العقور والخنزير ) فإذا خاط جرح ذلك بالخيط المغصوب وجب رده ، لأنه لا يتضمن تفويت ذي حرمة ، أشبه ما لو خاط به ثوباً ، ( وإن كان ) الحيوان ( مأكولاً ) وخاط جرحه بالخيط المغصوب وهو ملك ( للغاصب ذبح ) الحيوان ولو نقصت به قيمته أكثر من ثمن الخيط، أو لم يكن معد الأكل ، كالخيل ، ( ولزمه ) أي الغاصب ( رده ) أي الخيط لربه ، لأنه متمكن من رده بذبح الحيوان والانتفاع بلحمه ، ولا أثر لتضرره بذلك لتعديه ، (وإن كان ) الحيوان الذي خيط جرحه محترماً ( غير مأكول رد ) الغاصب ( قيمة الخيط ) لأن حرمة الحيوان آكد كما سبق ، ( وإن مات الحيوان ) الذي خيط جرحه بالخيط المغصوب ( لزمه ) أي الغاصب ( رده ) أي الخيط لربه ، لزوال حرمة الحيوان بموته ، (إلا أن يكون آدمياً معصوماً فيرد القيمة ) أي قيمة الخيط ، لأن حرمة الآدمي ميتاً كحرمته حياً ، ( وإن غصب جوهرة فابتلعها بهيمة ، فحكمها حكم الخيط ) الذي خاط به جرحها على ما سبق تفصيله ، ( ولو ابتلعت شاته ) أي شاة إنسان ( ونحوها ) أي الشاة من كل ما يؤكل ( جوهرة آخر غير مغصوبة وتوقف إخراجها أي الجوهرة ( على ذبحها ) أي الشاة ونحوها ( ذبحت بقيد كون الذبح أقل ضرراً ) من الضرر الحاصل بتركها ، ( قاله الموفق وغيره . وقال الحارثي : واختار الأصحاب عدم القيد ) لكون الذبح أقل ضرراً على ما مر في مثله ، ( وعلى مالك الجوهرة ضمان نقص الذبح ) لأنه لتخليص ماله ، ( إلا أن يفرط مالك الشاة بكون يده عليه ، فلا شي له ) مما نقصه الذبح ( لتفريطه ، ولو أدخلت البهيمة رأسها في قدر ونحوه ولم يمكن إخراجه ) أي الراس ( إلا بذبحها وهي ) أي البهيمة ( مأكولة ، فقال الأكثرون ) منهم القاضي وابن عقيل : ( إن كان ) دخول رأسها ( لا بتفريط من أحد كسر القدر ) لرد ما حصل فيه بغير عدوان لربه ، ( ووجب الأرش على مالك البهيمة ) لأنه لتخليص ماله ، ( وإن كان ) دخول رأسها ( بتفريط مالكها بأن أدخل رأسها بيده ) في نحو القدر ( أو كانت يده عليها ) حال الدخول ( ونحوه ، ذبحت غير ضمان ) على رب الإناء ، لأن التفريط من جهته ، فهو أولى بالضرر ممن لم يفرط ، ( وإن كانت ) الفعلة ( بتفريط مالك القدر ، بأن أدخله بيده ، أو ألقاها ) أي القدر ( في الطريق ، كسرت ) القدر أو نحوها ، ( ولا أرش ) لها على رب الشاة

ونحوها ،. لأن المفرط أولى بالضرر . وقال الموفق والشارح : يعتبر أقل الضررين ، فإن كان الكسر هو الأقل تعين وإلا ذبح ، والعكس كذلك ، ثم قال : من أيهما كان التفريط ، فالضمان عليه ، وإن لم يحصل تفريط من واحد منهما فالضمان على صاحب البهيمة إن كسر القدر ، وإن ذبحت البهيمة فالضمان على صاحب القدر ، ( ولو قال من عليه الضمان : أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر، كان له ذلك ) لأنه رضي بإضرار نفسه ، ( وإن كانت ) البهيمة التي أدخلت رأسها في نحو القدر ( غير مأكولة كسرت القدر ، ولا تقتل البهيمة بحال ، ولو اتفقا على القتل لم يمكنا ) منه ، لأنه ﷺ « نَهَى عَنْ ذَبْحِ الحَيَوَانِ لِغَيْرِ مَأكَلَةٍ » ، ويحرم ترك الحال على ما هو عليه ، لما فيه من تعذيب الحيوان ، ( ومن وقع في ) نحو ( محبرته دينار ونحوه ) كجوهرة لغيره ( بتفريط صاحبها ) أي المحبرة ، ( فلم يخرج ) الدينار منها ( كسرت مجاناً ) أي ولا شيء على رب الدينار لرب المحبرة ، لأنه المفرط ( وإن لم يفرط ) رب المحبرة ( خير رب الدينار ) فرط ، أو لم يفرط ( بين تركه فيها ) إلى أن تنكسر ( وبين كسرها وعليه قيمتها ) لأنه لتخليص ماله ، ( فإن بذل ربها بدله وجب قبوله ) ولم يجز له كسرها ، لأنه بذل له ما لا يتفاوت به حقه ، دفعاً للضرر عنه ، فلزمه قبوله لما فيه من الجمع بين الحقين ، ( فإن بادر ) رب الدينار ( فكسر ) المحبرة (عدواناً ، لم يلزمه أكثر من قيمتها ) كسائر المتلفات، ( وإن كان السقوط لا بفعل أحد، بأن سقط من مكان أو ألقاه طائر أو هر ، وجب الكسر ، وعلى رب الدينار الأرش ) أي أرش ما نقص بالكسر ، لأنه لتخليص ماله ، ( فإن كانت المحبرة ثمينة ) أي غالية الثمن ، ( وامتنع رب الدينار من ضمانها ) في مقابلة الدينار ، فيقال له : إن شئت أن تأخذ ) دينارك ( فاغرم ) أرش كسرها ، (وإلا ) تشاء أن تأخذه ، ( فاترك ) الدينار حتى تنكسر ، ( ولا شيء لك ) بدله ، (ولو غصب ) إنسان ( الدينار ) أو نحوه ( فألقاه في محبرة آخر ) أو نحوها من كل إناء ضيق الرأس ، ( أو سقط ) الدينار ( فيها ) أي المحبرة ( بغير فعله ) أي الغاصب ( تعين الكسر ) لرد عين المال المغصوب من غير إضاعة مال ، ( وعلى الغاصب ضمانها إلا أن يزيد ضرر الكسر على التبقية فيسقط ) الكسر ، ( ويجب على الغاصب ضمان الدنيار ) فيعطى رب الدينار بدله ولا تكسر ، لأن في كسرها إذن إضاعة للمال وهي منهي عنها ، ولو بادر رب الدينار وكسرها لم يلزمه إلا قيمتها وجهاً واحداً ، قاله في الإنصاف وغيره.



## ( فصل في حكم نماء المغصوب ) [1]

وإن زاد المغصوب بيد الغاصب أو غيره ( لزمه رده بزيادته ، متصلة كانت ، كالسمن وتعلم صنعة ، أو منفصلة كالولد ) من بهيمة ، وكذا من أمة إلا أن يكون جاهلاً ، فهو حر ، ويفديه بقيمته يوم الولادة ويأتي ، ( والكسب ) لأنه من نماء المغصوب ، وهو لمالكه ، فلزمه رده كالأصل ، ( ولو غصب جارحاً ) فصاد به ( أو قوساً ) أو سهماً ، قاله في المغني، ( فصاد ) الغاصب أو غيره ( به، أو ) غصب ( شبكة، أو شركاً )، أو فخاً ونحوه ، ( فأمسك ) الشرك أو الشبكة ( شيئاً ، أو ) غصب ( فرساً فصاد عليه أو غنم ، فهو لمالكه ) أي فالصيد في الكل وغنم الفرس لمالك الجارح، والقوس، والشبكة والشرك، والفرس ، لأن ذلك كله بسبب ملكه ، فكان له كما لو غصب عبداً فصاد ، (ولا أجرة له ) أي لا يلزم الغاصب أجرة للجارح، أو القوس، أو الشبكة، أو الشرك، أو الفرس ( مدة اصطياده ) وغزو الفرس ، لأن منافع المغصوب في هذه المدة عادت إلى المالك ، فلم يستحق عوضها على غيره ، كما لو زرع الغاصب الأرض المغصوبة فأخذ المالك الزرع بنفقته ، وكذا لو غصب عبداً فصاد أو كسب ، فهو لسيده ، ولا أجرة للعبد على الغاصب في مدة كسبه وصيده ، لما تقدم ، وإن غصب كلباً وصاد به ، ففي التلخيص هو للغاصب ، ( وإن غصب منجلاً فقطع ) الغاصب غيره ( به خشباً أو حشيشاً ، فهو ) أي الخشب أو الحشيش ( للغاصب ) لحصول الفعل منه ( كالحبل ) المغصوب ( يربط به ) الغاصب ما يجمعه من حطب ونحوه ، وكما لو غصب سيفاً فقاتل به وغنم ، ( وإن غصب ثوباً فقصره ) الغاصب بنفسه أو بأجرة ، ( أو ) غصب (غزلاً فنسجه ، أو ) غصب ( فضة، أو حديداً فضربه أبراً ، أو أوني ، أو غيره ، أو ) غصب ( خشباً فنجره باباً أو نحوه ) كرفوف ، ( أو ) غصب ( شاة فذبحها وشواها ) لزمه رد ذلك وأرش نقصه ، ولا شيء له في نظير عمله ، لتعديه ، ( وذبحه ) أي الغصب ( إياه ) أي الشاة ( لا يحرمها ، بمعنى أنها ليس ) هو أي الشان أن الشاة (صارت كالميتة) لأنها مذكاة ممن فيه أهلية الذكاة ، ( لكن لا يجوز ) للغاصب ولا غيره (أكلها ولا التصرف فيها إلا بإذن مالكها ) كسائر الأموال ، ( ويأتي في القطع في السرقة، أو) غصب (طيناً فضربه لبناً ) أو آجراً ( أو فخاراً ، أو ) غصب ( حباً فطحنه ) أو دقيقاً فعجنه وخبزه ونحوه ( رد ذلك ) إلى مالكه ، لأنه عين ماله ، ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه ، فكذا بملك غيره ( بزيادته ) إن زاد ( وأرش نقصه ) إن نقص ، لكونه حصل بفعله ، ولا فرق بين نقص العين ، أو القيمة ، أو هما ، ( ولا شيء له )

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في حكم النسخ ، وإنما وضع للبيان .

أي للغاصب بعمله المؤدي إلى الزيادة ، لأنه تبرع في ملك غيره ، فلم يستحق لذلك عوضاً ، كما لو غلى زيتاً فزادت قيمته ( لكن إن أمكن الرد إلى الحالة الأولى ، كحلي ودراهم ونحوهما) من أواني من حديد ونحوه وسكاكين ونعال ، ( فللمالك إجباره ) أي الغاصب ( على الإعادة ) إلى الحالة الأولى ، لأن عمل الغاصب في المغصوب محرم ، فملك المالك إزالته مع الإمكان ، وظاهر كلامهم هنا : وإن لم يكن فيه غرض صحيح ، لكن مقتضى ما تقدم : إنما يملك إجباره إذا كان فيه غرض صحيح ، وجزم به الحارثي .

( وما لا يمكن ) رده إلى حالته الأولى ( كالأبواب والفخار ونحوهما ) كالآجر والشاة إذا ذبحها وشواها والحب طحنه ، ( فليس للغاصب إفساده ولا للمالك إجباره عليه ) لأنه إضاعة مال بغير منفعة ، ( وتقدم بعضه ، وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً أو شق ) فيها ( نهراً أو نحوه ) كقناة ودولاب ، ( فلربها إلزامه بطمها ) أي البئر ونحوها ( إن كان ) الطم ( لغرض صحيح ) لعدوانه بالحفر ، ولأنه يضر بالأرض ، ( وإن أراد الغاصب طمها فإن كان ) الطم ( لغرض صحيح كإسقاط ضمان ما يقع فيها ) أي البئر (أو يكون ) الغاصب ( قد نقل ترابها إلى ملكه ، أو ) إلى ( ملك غيره ، أو إلى طريق يحتاج إلى تفريغه - فله ) أي الغاصب ( طمها ) بترابها حيث بقي ، فلو فات بسيل أو ريح ونحوه ، فله الطم بغيره من جنسه ، لا برمل أو كناسة ونحوها ، ذكره الحارثي (من غير إذن ربها ) تخلصاً من ذلك الضرر ، ( وإن لم يكن له ) أي الغاصب ( غرض ) صحيح في الطم ( مثل أن يكون ) الغاصب ( قد وضع التراب في أرض مالكها ، أو ) وضعه ( في موات وأبرأه ) المالك ( من ضمان ما يتلف بها ) أي البئر ونحوها ، (وتصح البراءة منه ) قال في المغني والشرح : لأن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي ، فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فيزول الضمان ، وليس هذا إبراء مما لم يجب ، وإنما هو إسقاط للتعدي برضاه به ( أو منعه ) المالك ( منه ) أي الطم ( لم يملك ) الغاصب ( طمها ) في هذه الصور ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه لغير غرض صحيح ، ومنعه من الطم رضا بالحفر ، فيكون بمنزلة إبرائه من ضمان ما يتلف بها ، (ولو كشط ) الغاصب ( تراب الأرض ) المغصوبة ، ( فطالبه المالك برده وفرشه ، لزمه) أي الغاصب ( ذلك ) أي الرد والفرش . وظاهره : وإن لم يكن فيه غرض صحيح ، وهو أحد وجهين أطلقهما في المبدع وغيره .

( وإن أراده ) أي فرش التراب كما كان ( الغاصب وأباه المالك ، فله ) أي الغاصب ( فعله لغرض صحيح ، مثل إن كان ) الغاصب ( نقله إلى ملك نفسه فيرده لينتفع بالمكان ، أو ) كان الغاصب ( طرحه في ملك غيره ، أو في طريق يحتاج إلى تفريغه )

أي ملك غيره أو الطريق ، ( وإن كان ) الغاصب أراد فرش التراب الذي كشطه ( لا لغرض صحيح ، فلا ) يمكن منه بلا إذن المالك ، لأن فيه تصرفاً في ملك الغير بغير إذنه لغير حاجة ، ( وإن غصب حباً فزرعه ، أو ) غصب ( بيضاً فصار ) البيض (فراخاً أو ) غصب ( نوى ) فغرسه ( فصار غرساً ، أو ) غصب ( غصناً ) فغرسه ، ( فصار شجراً ، رده ) الغاصب لمالكه لأنه عين مالي مالكه ، ( ولا شيء له ) أي للغاصب في عمله ، لأنه تبرع به ، ( وإن نقص ) المغصوب ، ( ولو ) كان نقصه ( بنبات لحية عبد أمرد ، أو ) كان نقصه بـ ( ذهاب رائحة مسك ، أو قطع ذنب حمار ونحوه ) كبغل وفرس ( ضمن ) الغاصب ( نقصه ) الحاصل قبل رده ، لأنه ضمان مال من غيره جناية، فكان الواجب ما نقص ، إذا القصد بالضمان : جبر حق المالك بإيجاب قدر ما فوت عليه ، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة ، كغير الحيوان ، ولا يضمن الغاصب ربحاً فات بحبس مالي تجارة عن مالكه مدة يمكن أن يربح فيها ، لأنه لا وجود له .

( ونص ) الإمام ( أحمد في طيرة جاءت إلى قوم فازدوجت عندهم وفرخت : أن الفراخ تبع للأم ، ويرد على أصحاب الطيرة فراخها ) كولد الأمة والبهيمة . قال في المبدع : ويرجع على ربها بما أنفقه إن نوى الرجوع به ، وإلا فلا . انتهى ، هو واضح إن تعذر استئذانه كما تقدم ، ( وإن غصب شاة ) أو بقرة ، أو بدنة ونحوها ، ( وأنزى عليها فحله فالولد لمالك الأم ) كولد الأمة ، ( ولا أجرة للفحل ) لعدم إذن ربها ، ولأنه لا تصح إجارته لذلك .

قلت : وكذا لو غصب نخلة وحصل منها ودى فإنه لمالكها ، لأن من نمائها ككسب العبد وولد الأمة ، ( وإن غصب فحل غيره فأنزاه على شاته فالولد له ) أي للغاصب (تبعاً للأم ، ولا يلزمه أجرة الفحل ) لأنه لا تصح إجارته لذلك ، ( لكن إن نقص ) الفحل بالإنزاء أو غيره ( لزمه ) أي الغاصب ( أرش نقصه ) لتعديه .

★ ★ ★

## ( فصل في حكم نقص المغصوب )[1]

وإن نقص المغصوب بيد الغاصب أو غيره ( لزمه ) أي الغاصب ( ضمانه ) أي النقص ( بقيمته ) أي النقص ، فيقوم صحيحاً وناقصاً ، ويغرم الغاصب ما بينهما ، لأنه ضمان مال من غير جناية ، فكان الواجب ما نقص ، إذ القصد بالضمان جبر حق

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ وإنما وضع للبيان .

المالك بإيجاب قدر ما فوت عليه ، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة ، ( ولو ) كان ما نقص ( رقيقاً أو بعضه ) بأن عمى ، أو خرس ونحوه ، أو ذهبت يده ، أو رجله ونحوهما بنحو أكلة .

و( لا ) يضمن ما ذهب من الرقيق ( بمقدر من الحر كيده ) فلا يجب فيهما نصف القيمة ، ولا تجب القيمة في ذهاب نحو بصره أيضاً ( إذا لم يجن ) -بالبناء للمفعول- (عليه ) أي الرقيق ، ( وإن جنى عليه ) أي الرقيق المغصوب من الغاصب أو غيره (ضمنه) أي ضمن الغاصب الذاهب بالجناية ( بأكثر الأمرين ) من أرش نقص قيمة المجني عليه ، أو دية المقطوع ، لأن سبب كل واحد منهما وجد ، فوجب أكثرهما ، ودخل الآخر فيه ، فإن الجناية واليد وجدا فيه جميعاً ، فلو غصب عبداً قيمته ألفاً فزادت قيمته عنده إلى ألفين ، ثم قطع يده ، فصار يساوي ألفاً وخمسمائة كان عليه مع رده ألف وإن كان القاطع ليده غير الغاصب ، وقد نقصت قيمته مائتين قبل ، وصار بعد القطع يساوي أربعمائة ، كان على الجاني أربعمائة ، لأن جنايته مضمونة بنصف القيمة وهي حين القطع ثمانمائة ، وعلى الغاصب مائتان ، لأنها نقصت من قيمة العبد في يده ، وللمالك تضمين الغاصب ما عليه وعلى الجاني ، لأن ما وجد في يده في حكم الموجود منه ، ( ويرجع غاصب غرم ) الجميع لمالك ( على جان بأرش جناية فقط ) لاستقرار ضمانه عليه ، لأنه أرش جنايته ، فلا يجب عليه أكثر منه ، وللمالك تضمين الجاني أرش الجناية ، ولا يرجع به على أحد لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ، ويضمن الغاصب ما بقي من النقص ، ولا يرجع به على أحد ، ( فإن خصاه ) أي خصى الغاصب أو غيره العبد المغصوب ، ( ولو زادت قيمته ) بالخصاء ( أو قطع ) الغاصب أو غيره ( منه ) أي المغصوب ( ما تجب فيه دية كاملة من الحر ) كأنفه، أو ذكره، أو يديه (لزمه رده ورد قيمته ، ولا يملكه الجاني ) لأن المتلف البعض ، فلا يقف ضمانه على زوال الملك ، كقطع خصيتي ذكر مدبر ، ولأن المضمون هو المفوت ، فلا يزول الملك عن غيره ، بضمانه كما لو قطع تسع أصابع .

( وإن كان ) المغصوب ( دابة ) ونقصت بجناية أو غيرها ( ضمن ) الغاصب ( ما نقص من قيمتها ، ولو ) كان النقص ( بتلف إحدى عينيها ) أي الدابة ، فيغرم أرش نقصها فقط ، لأنه الذي فوته على المالك ، وما روى زيد بن ثابت أن النبي ﷺ « قَضَى فِي عَيْنِ الدَّابَّةَ بِرُبْعِ قِيمَتِهَا » ، وروى عن عمر ، قال في المبدع : لا نعرف صحته ، بدليل احتجاج أحمد بقول عمر دونه ، مع أن قول عمر محمول على أن ذلك كان قدر نقصها ، ولو كان تقدير الواجب في العين نصف الدية ، كعين الآدمي ، ( وإن نقصت

قيمة العين ) المغصوبة ( بتغير السعر ) بأن نزل السعر لذهاب نحو موسم ( لم يضمن ) الغاصب ما نزل السعر ، ( سواء ردت العين أو تلفت ) لأن المغصوب لم تنقص عينه ولا صفته ، فلم يلزمه شيء سوى رد المغصوب أو بدله ، والفائت إنما هو رغبات الناس، ولا تقابل بشيء ، ( وإن نقصت ) قيمة المغصوب ( لمرض ثم عادت ) القيمة (ببرئه ) رده ، ولا شيء عليه ( أو ابيضت عينه ) أي المغصوب من عبد أو أمة، ( ثم زال بياضها ونحوه ) بأن نسي صنعة ، فنقصت قيمته ثم تعلمها ( رده ) الغاصب ، (ولم يلزمه شيء ) لأن القيمة لم تنقص ، فلم يلزمه شيء ، ( وإن استرده المالك معيباً مع الأرض ، ثم زال العيب في يد مالكه ) أي المغصوب ( لم يجب ) على مالكه ( رد الأرش لاستقراره ) أي الأرش ( بأخذ العين ناقصة ) عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمته ( وكذا لو أخذ ) المالك ( المغصوب ) بعد تعيبه ( بغير أرش ثم زال ) العيب ( في يده ) أي المالك ( لم يسقط الأرش ) لاستقراره بالرد ، بخلاف ما لو برئ قبل رده ، ( وإن زادت ) قيمة المغصوب ( لمعنى في المغصوب من كبر وسمن وهزال ) عن سمن مفرط ، (وتعلم صنعة ونحو ذلك ) كزوال عجمة وتعلم علم ، ( ثم نقصت ) القيمة بزوال ذلك ( ضمن ) الغاصب ( الزيادة ) لأنها زادت على ملك مالكها ، فلزم الغاصب ضمانها ، كما لو كانت موجودة حال الغصب ، وفارق زيادة السعر ، لأنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها ، والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ، ولذلك يضمنها إذا طولب برد العين ، ( وإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل أن ) غصب عبداً ، فـ ( سمن فزادت قيمته ثم نقصت ) قيمته ( بزوال ذلك ) السمن ، ( ثم سمن فعادت ) قيمته كما كانت ( لم يضمن ) الغاصب ( ما نقص ) أو لا ، ثم عاد ، لأن ما ذهب من الزيادة عاد وهو بيده . أشبه ما لو مرضت فنقصت قيمتها ثم برئت فعادت القيمة ، وكذا لو نسي صنعة ثم تعلمها أو بدلها فعادت قيمته كما كانت ، لم يضمن شيئاً ، ( وإن كانت ) الزيادة الحاصلة ( من غير جنسها ) أي الزيادة الذاهبة مثل إن غصب عبداً قيمته مائة فتعلم صنعة ، فصار يساوي مائتين ، ثم نسيها فصار يساوي مائة، ثم سمن فصار يساوي مائتين ( لم يسقط ضمانها ) لأنه لم يعد ما ذهب بخلاف التي قبلها ، ( وإن غصب عبداً ) أو أمة ( مفرطاً في السمن فهزل ، فزادت قيمته ) بذلك (أو لم تنقص ) ولم تزد ( رده ) الغاصب ، ( ولا شيء عليه ) لأن الشرع إنما أوجب في مثل هذا ما نقص من قيمته ولم يقدر بدله ، ولم تنقص قيمته ، فلم يجب عليه شيء غير رده ، ( وإن نقص المغصوب ) قبل رده ( نقصاً غير مستقر ) بأن يكون سارياً غير واقف ، ( كحنطة ابتلت وعفنت ) وطلبها مالكها قبل بلوغها إلى حالة يعلم فيها قدر

أرش نقصها ( خير ) مالكها ( بين أخذ مثلها ) من مال غاصب ( وبين تركها ) بيد غاصب ( حتى يستقر فسادها فيأخذها ، و) يأخذ أرش نقصها لأنه لا يجب له المثل ابتداء لوجود عين ماله ، ولا أرش العيب ، لأنه لا يمكن معرفته ولا ضبطه إذن ، وحيث كان كذلك صارت الخيرة إلى المالك ، لأنه إذا رضي بالتأخير سقط حقه من التعجيل ، فيأخذ العين عند استقرار فسادها لأنها ملكه ، ويأخذ من الغاصب أرش نقصها ، لأنه حصل تحت يده العادية ، أشبه تلف جزء من المغصوب ، وقوله : ( فإن استقر ) النقص قبل رد المغصوب ( أخذها ) أي الحنطة مالكها ، ( و ) أخذ ( الأرش ) لما سبق : ينبغي حمله على ما إذا استقر قبل الطلب ، لئلا يتكرر مع الذي قبله ، ( وإن جنى ) القن (المغصوب ) قبل رده ، ( فعلى الغاصب أرش جنايته ) لأن جنايته نقص فيه لتعلقها برقبته ، فكان مضموناً على الغاصب ، كسائر نقصه ، سواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ، و( سواء جني ) القن المغصوب ( على سيده ، أو ) على (أجنبي) لأن جنايته على سيده من جملة جناياته ، فكانت مضمونة على الغاصب كالجناية على الأجنبي ، وكذا حكم ما أتلفه القن المغصوب من مال أجنبي أو سيده لما سبق ، ولا يسقط ذلك برد الغاصب له ، لأن السبب وجد في يده ، فلو بيع في الجناية بعد الرد رجع ربه على الغاصب بالقدر المأخوذ منه لاستقراره عليه ، ( وجنايته ) أي المغصوب (على غاصبه وعلى ماله هدر ) لأنها جناية لو كانت على أجنبي لوجب أرشها على الغاصب ، فلو وجب له شيء لوجب على نفسه ، ( إلا في قود ) لأنه حق تعلق بنفسه لا يمكن تضمينه لغيره ، فاستوفى منه ، ( فلو قتل ) المغصوب ( عبداً لأحدهما ) أي للغاصب ، أو غيره من أجنبي، أو سيده ( عمداً ، فله ) أي سيد المقتول ( قتله به ، ثم يرجع السيد بقيمته على الغاصب فيهن ) لأنه تلف في يده ، أشبه ما لو مات بيده . (وفي المستوعب من استعان بعبد غيره بلا إذن سيده فحكمه ) أي المستعين ( حكم الغاصب حال استخدامه ) فيضمن جنايته ونقصه ، وجزم به في المبدع ، وكذا في المنتهى في الديات ، ( ويضمن ) الغاصب ( زوائد الغصب ، كالثمرة ) إذا تلفت أو نقصت ، ( و ) كـ ( ـالولد إذا ولدته أمه حياً ثم مات ، سواء حملت ) به أمه ( عنده ) أي الغاصب ( أو غصبها حاملاً ) لأنه مال مغصوب حصل في يده، فيضمنه بالتلف كأصل، ( وإن ولدته ميتاً من غير جناية لم يضمنه ) إن كان غصبها حاملاً ، لأنه لم تعلم حياته، وإن كانت قد حملت به عنده وولدته ميتاً ، فكذلك عند القاضي وابن عقيل وصاحب التلخيص ، وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وصححه في الإنصاف ، وعند أبي الحسين بن القاضي : يضمنه بقيمته لو كان حياً . وقال الموفق

ومن تبعه : والأولى أن يضمنه بعشر قيمة أمه . قال في تصحيح الفروع عن اختيار الموفق وهو الصواب ، ويحتمل الضمان بأكثر الأمرين . قال الحارثي : وهو أقيس ، (و) إن ولدته ميتاً ( بها) أي بجناية ( يضمنه الجاني بعشر قيمة أمه ) لما يأتي في الجنايات ، (وكذا ولد بهيمة ) مغصوبة حكمه حكم أمه فيما سبق من التفصيل ، لكن إذا ولدته ميتاً بجناية يضمن بما نقص أمه لا بعشر قيمتها ، كما يأتي في الجنايات .



## ( فصل في حكم خلط المغصوب بمتميز )[1]

وإن خلط الغاصب المغصوب بماله على وجه يتميز فقد سبق الكلام عليه ، وإن كان (على وجه لا يتميز ) المغصوب عن غيره ( مثل إن خلط حنطة ) بمثلها ، ( أو ) خلط (دقيقاً ) بمثله ، ( أو زيتاً ) بمثله ( أو نقداً بمثله ، لزمه ) أي الغاصب ( مثله ) أي المغصوب ( منه ) أي المختلط من المغصوب وغيره ، لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى بدله في الجميع ، كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه ، (ولا يجوز للغاصب أن يتصرف في قدر ماله منه ) بدون إذن المغصوب منه ، لأنها قسمة فلا تجوز بغير رضا الشريكين ، ( ولا ) يجوز أيضاً للغاصب ( إخراج قدر الحرام منه ) أي المختلط ( بدون إذن المغصوب منه ، لأنه اشتراك ) فلا يقاسم نفسه ( لا استهلاك ) وأنكر الإمام قول من قال : يخرج منه قدر ما خالطه ، هذا إن عرف ربه وإلا تصدق به عن ربه ، وما بقي حلال ، وإن عبر الحرام الثلث . قال أحمد في الذي يعامل بالربا : يأخذ رأس ماله ويرد الفضل إن عرف ربه وإلا تصدق به ، ولا يؤكل عنده شيء . وإن شك في قدر الحرام تصدق بما يعلم أنه أكثر منه ، نص عليه ، ( وإن خلطه ) أي المغصوب ( بدونه ) من جنسه ، ( أو ) خلطه ( بخير منه ) من جنسه ، ( أو ) خلطه (بغير جنسه) مما له قيمة ، ( ولو بمغصوب مثله لآخر ) كان الخلط ( على وجه لا يتميز ) كزيت بشيرج ( فهما ) أي مالكا المخلوطين ( شريكان بقدر قيمتهما ، فيباع الجميع ويدفع إلى كل واحد قدر حقه ، كاختلاطهما من غير غصب ) لأنه إذا فعل ذلك وصل كل منهما إلى حقه ، فإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً ، فعلى الغاصب ضمان النقص ، لأنه حصل بفعله ، وإن خلطه بما لا قيمة له كزيت بماء ، فإن أمكن تخليصه خلصه ورده ونقصه ، وإلا أو كان يفسده فعليه مثله ، ( وإن اختلط درهم ) لإنسان (بدرهمين لآخر من غير غصب فتلف ) درهمان ( اثنان فما بقي ) وهو درهم فهو ( بينهما نصفين ) لأنه يحتمل أن يكون التالف الدرهمين ، فيختص صاحب الدرهم به . ويحتمل

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ . وإنما وضع للبيان .

أن يكون التالف درهماً لهذا ودرهماً لهذا ، فيختص صاحب الدرهمين بالباقي فتساويا ، لا يحتمل غير ذلك ، ومال كل واحد منهما متميز قطعاً ، بخلاف المسائل المتقدمة ، غايته : أنه أبهم علينا ذكره في الإنصاف ، وقال في تصحيح الفروع . قلت : ويحتمل القرعة وهو أولى ، لأنا متحققون أن الدرهم لواحد منهما يشركه فيه غيره ، وقد اشتبه علينا فأخرجناه بالقرعة ، كما في نظائره ، وهو كثير ، ولم أره لأحد من الأصحاب ، فمن الله به فله الحمد ، ( وإن خلطه ) أي المغصوب ( بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ) المغصوب منه ( أكثر من حقه أو أقل ) منه ( جاز ) لأن بدله من غير جنسه ، فلا تحرم الزيادة بينهما ؛ بخلاف ما لو خلطه بجيد أو رديء ، واتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء، أو دون حقه من الجيد ، لم يجز لأنه ربا ، وإن كان بالعكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء، أو سمح الغاصب بدفع أكثر من حقه من الجيد جاز ، لأنه لا مقابل للزيادة ، ( وإن غصب ثوباً فصبغه ) الغاصب ( بصبغه ، أو ) غصب ( سويقاً فلته ) الغاصب ( بزيته ، فنقصت قيمتهما ) أي قيمة الثوب والصبغ أو قيمة الزيت والسويق ، ( أو ) نقصت ( قيمة أحدهما ، ضمن الغاصب النقص ) لأنه حصل بتعديه فضمنه ، كما لو أتلف بعضه ، وإن كان النقص بسبب تغير الأسعار لم يضمنه ، ( وإن لم تنقص ) قيمتهما ( ولم تزد أو زادت قيمتهما فهما ) أي رب الثوب والصبغ، أو رب السويق والزيت ( شريكان ) في الثوب وصبغه، أو السويق وزيته ( بقدر ملكيهما ) فيباع ذلك ويوزع الثمن على قدر القيمتين ، وكذا لو غصب زيتاً فجعله صابوناً ، ( وإن زادت قيمة أحدهما ) من ثوب، أو صبغ، أو سويق، أو زيت، (فالزيادة لصاحبه) يختص بها، لأن الزيادة تبع للأصل ، هذا إذا كانت الزياد لغلو سعر ، فإن حصلت الزيادة بالعمل فهي بينهما ، لأن ما عمله الغاصب في العين المغصوبة لمالكها حيث كان أثراً ، وزيادة مال الغاصب له ، قاله في شرح المنتهى ، ( وإن أراد أحدهما ) أي مالك الثوب أو الغاصب ( قلع الصبغ ) من الثوب ( لم يجبر الآخر عليه ) لأن فيه إتلافاً لملكه ، ( وإن أراد المالك ) للثوب ( بيع الثوب فله ذلك ) لأنه ملكه وهو عين ، وصبغه باق للغاصب ( ولو أبى الغاصب ) بيع الثوب فلا يمنع منه مالكه ، لأنه لا حجر له عليه في ملكه ، (وإن أراد الغاصب بيعه ) أي الثوب المصبوغ ( لم يجبر المالك ) لحديث : « إِنَّمَا الْبَيْعَ عَنْ تَرَاضٍ »[1] ، وإن بذل الغاصب لرب الثوب قيمته ليملكه ؛ أو بذل رب الثوب قيمة

(١) الحديث ذكره الشارح بمعناه وهو من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ، أخرجه أحمد في المسند: ١٨٣/٣ ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع والإجارات ، باب في خيار المتبايعين ، الحديث (٣٤٥٦) والترمذي في السنن : ٣/ ٤٤٠ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في البيّعَان بالخيار ما لم يتفرقا، الحديث (١٢٤٧) ، وقال : « حديث حسن » ، والنسائي في المجتبي من السنن : ٧/ ٢٥١ - ٢٥٢، كتاب البيوع ، باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما .

الصبغ للغاصب ليملكه ، لم يجبر الآخر لأنها معاوضة لا تجوز إلا بتراضيهما ، وصحح الحارثي أن لمالك الثوب تملك الصبغ بقيمته ، ليتخلص من الضرر ، ( وإن وهب ) الغاصب ( الصبغ للمالك ) للثوب ( أو ) غصب داراً وزوقها ثم وهب ( تزويق الدار ونحوهما ) للمالك ( لزمه ) أي المالك ( قبوله ) لأنه صار من صفات العين ، فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه ، ( كنسج غزل ، وقصر ثوب ، وعمل حديد إبراً ، أو سيوفاً ونحوهما ) كسكاكين ونعالات وأواني .

و( لا ) يلزم المالك إذا غصب منه خشباً وجعله باباً ثم وهبه المسامير قبوله ( هبة مسامير سمر بها باباً مغصوباً ) لأنها أعيان متميزة ، أشبهت الغراس ، ( وإن غصب صبغاً فصبغ به ) الغاصب ( ثوبه ، أو ) غصب ( زيتاً فلت به ) الغاصب ( سويقه ، فهما شريكان بقدر حقيهما ) في ذلك ، فيباعان ويوزع الثمن على قدر الحقين ، لأنه بذلك يصل كل منهما لحقه .

( ويضمن ) الغاصب ( النقص ) إن وجد لحصوله بفعله ، ولا شيء له إن زاد المغصوب في نظير عمله لتبرعه به ، ( وإن غصب ثوباً وصبغاً ) من واحد ( فصبغه به رده ) الغاصب ، ( و ) رد ( أرش نقصه ) إن نقص لتعديه به ، ( ولا شيء له في زيادته) بعمله فيه ، لأنه متبرع به وإن كانا من اثنين اشتركا في الأصل والزيادة بالقيمة، وما نقص من أحدهما غرمه الغاصب ، وإن نقص السعر لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب ، ونقص كل واحد منها من صاحبه ، وإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر . وكذا لو غصب سويقاً من واحد وزيتاً من آخر ولته به ، أو نشا وعسلاً من اثنين وعقده حلوى ، ( وإنقاء الثوب الدنس بالصابون ) من الغاصب ، ( وإن أورث نقصاً ) في الثوب ( ضمنه الغاصب ) لحصوله بفعله ، ( وإن زاد ) الثوب ، ( فـ ) ـالزيادة ( للمالك ) ولا شيء للغاصب في عمله لتبرعه ، ( ولو غصبه ) أي الثوب ( نجساً لم يملك ) الغاصب ( تطهيره بغير إذن ) ربه كسائر التصرفات، ( وليس للمالك ) للثوب ( تكليفه ) أي الغاصب ( به ) أي بتطهيره لأن نجاسته لم تحصل بيده ، ( وإن كان ) الثوب حين الغصب ( طاهراً فنجس عنده ) أي الغاصب ( لم يكن له ) أي الغاصب ( أيضاً تطهيره بغير إذن ) ربه لما سبق ، ( وله ) أي المالك ( إلزامه ) أي الغاصب ( به ) أي بتطهيره لأنه تنجس تحت يده العادية ، (وما نقص ) من قيمة الثوب بسبب الغسل ، ( فعليه ) أي الغاصب ( أرشه ) لأنه نقص حصل في يده . ( ولو رده ) أي رد الغاصب الثوب ( نجساً فمؤنة تطهيره على الغاصب ) لأنه كالنقص الحاصل في يده .

# ( فصل في حكم وطيء الجارية المغصوبة )[1]

وإن وطئ الغاصب الجارية المغصوبة ( مع العلم بالتحريم ) أي تحريم الوطء ، (فعليه) أي الغاصب ( الحد ) أي حد الزنا ، لأنها ليست زوجة له ، ولا ملك يمين ، ولا شبهة تدرأ الحد ، ( وكذا هي ) أي الجارية يلزمها الحد ( إن طاوعت ) على الزنا ، ( وكانت من أهل الحد ) بأن كانت مكلفة غير جاهلة بالتحريم ، ( وعليه ) أي الغاصب بوطئها (مهر مثلها) بكراً إن كانت بكراً كما صرح به الحارثي ، وإلا فثيباً .

( ولو ) كانت ( مطاوعة ) لأنه حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو أذنت في قطع يدها ، ( و ) على الغاصب أيضاً ( أرش البكارة ) التي أزالها ، لأنه جزء منها ، ولأن كلا من المهر والأرش يضمن منفرداً ، بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها ، ولو افتضها بإصبعه وجب أرش بكارتها ، فلذلك يجب أن يضمنها إذا اجتمعا ، ويأتي في النكاح أن أرش بكارة الحرة يندرج في مهرها ، ( و ) على الغاصب ( ردها ) أي الجارية ( إلى سيدها ) لما تقدم أول الباب .

( وإن ولدت ) الجارية من غاصب عالم بالحال ، ( فالولد رقيق للسيد ) تبعاً لأمه ، لأنه من نمائها ، ( ويضمن الغاصب نقص الولادة ) لحصوله بتعديه ، ( ولا ينجبر ) نقص الولادة ( بزيادة الولد ) كما لا ينجبر به نقص غير الولادة ، ( وإن تلفت ) الجارية ( فعليه ) أي الغاصب ( قيمتها ، وإن ردها ) أي رد الغاصب الجارية حاملاً ( فماتت في يد المالك بسبب الولادة ، وجب ضمانها ) على الغاصب ، لأنه أثر فعله ، كما لو استرد الحيوان المغصوب وقد جرحه الغاصب ، فسرى الجرح إلى النفس عند المالك ، فمات ( وتقدم ) قريباً ( إذا ولدته ميتاً ) فلا ضمان إن لم يكن بجناية ، ويضمنه سقطاً بعشر قيمة أمه ، ( وإن كان ) الغاصب ( جاهلاً بالتحريم ، ومثله يجهله ) لقرب عهده بالإسلام ، أو كونه نشأ ببادية بعيدة يخفي عليه مثل هذا ، وكذا جاهل الحال ، بأن اشتبهت عليه بأمته ، أو زوجته في نحو ظلمة ، أو اشتراها من الغاصب يظنها أمته ، أو تزوجها منه على أنها حرة ونحوه ، ( فلا حد عليه ) أي الواطيء للشبهة ، ( وعليه المهر وأرش البكارة ) ونقص الولادة ، لأن ذلك إتلاف ، يستوي فيه الجاهل والعالم ، (والولد حر) لاعتقاد الواطيء الإباحة ( نسبه لا حق للغاصب ) للشبهة ، وكذا لو كان من غير الغاصب جاهلاً ، وقوله : ( إن انفصل حياً وعليه فداؤه بقيمته يوم انفصاله ) فيه تقديم وتأخير ، أي وعليه فداء الولد بقيمته يوم ولادته إن انفصل حياً ، فيفديه

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ .

الواطئ للسيد ، لأنه حال بينه وبين السيد ثبوت رقه باعتقاده ، وإنما اعتبرت قيمته يوم الولادة ، لأنه أول حال إمكان تقويمه ، لأنه لا يمكن تقويمه حملاً ، ولأنه وقت الحيلولة بينه وبين سيده ، ( وإن انفصل ) المحكوم بحريته ( ميتاً من غير جناية ، فغير مضمون ) لأنه لم تعلم حياته قبل ذلك ، ( و ) إن انفصل ميتاً ( بجناية فعلى الجاني الضمان ) لأن الإتلاف وجد منه ، ( فإن كانت ) الجناية ( من الغاصب ، فـ ) عليه ( غرة ) عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل ( موروثة عنه ) أي عن الجنين ، لأنه كأنه ولد حياً ، لأنه أتلف جنيناً حراً ، و( لا يرث الغاصب منها ) أي الغرة ( شيئاً ) لو كان الولد منه ، لأنه قاتل له ، ( وعليه ) أي الغاصب ( للسيد عشر قيمة الأم ) فيضمنه له ضمان المماليك، ولهذا لو وضعته حياً قومناه مملوكاً . وقد فوت رقه على سيده ، ( وإن كانت ) الجناية ( من غير الغاصب ، فعليه ) أي الجاني ( الغرة يرثها الغاصب ) لأنه أبو الجنين ( دون أمه ) لأنها رقيقة ، ( وعلى الغاصب عشر قيمة الأم للمالك ، ( لأنه يضمنه ضمان المماليك ، لكونه قد فوت رقه على السيد ، ( وإن قتلها ) الغاصب ( بوطئه أو ماتت ) الأمة ( بغيره فعليه ) أي الغاصب ( قيمتها ) أي الأمة ، وتقدم ( أكثر ما كانت) هكذا في المغني ، والمبدع . قال الحارثي : وهذا محمول على أن الكثرة كانت في مقابلة الأوصاف ؛ لا لارتفاع الأسعار ، كما صار إليه في مثله ، وإلا فهو بعينه مذهب الشافعي ، مثاله : كانت القيمة ألفاً فنقصت بالافتضاض مائة ، ثم بالولادة مائة ، ثم ماتت وقيمتها ثمانمائة ، فالواجب ألف لا ثمانمائة ، لأن الأوصاف مضمونة كالأعيان ووقع التضمين على هذا الاعتبار بأكثر ما كانت ، ولو نقصت القيمة لانخفاض السعر قبل الافتضاض ، أو قبل الولادة ، أو قبل الموت ، فعلى المذهب : الواجب ما استقر عليه الحال يوم تلف الوصف ، أو تلف العين ، وعلى قول القائلين بأقصى القيم يكون الواجب ألفاً . انتهى .

والمذهب : أنه يضمن المغصوب بقيمته يوم التلف نقله الجماعة عن أحمد .

( و ) على ما نذكره ( يدخل في ذلك ) أي في قيمتها أكثر ما كانت ( أرش بكارتها ونقص ولادتها ) لأنها تقوم بكراً لا نقص بها ، وعلى المذهب من أنها تقوم يوم التلف لا يدخل ذلك ، بل يضم إلى قيمتها ، ( ولا يدخل فيه ) أي في قيمتها أكثر ما كانت ( ضمان ولدها ) لو مات ، ( ولا مهر مثلها ) بل يضم ذلك إلى القيمة على كلا القولين، ومتى انتقلت العين المغصوبة عن يد الغاصب إلى غير المالك لها ، فالمنتقلة إليه بمنزلة الغاصب في كون المالك يملك تضمينه العين والمنفعة لأنه إن كان عالماً بالحال كان غاصباً ، وإن كان جاهلاً فلعموم قوله ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » [1] ،

---

(١) سبق تخريجه .

ولأن العين المغصوبة صارت في يده بغير حق ، فملك المالك تضمينه ، كما يملك تضمين الغاصب ، لكن إنما يستقر عليه ما دخل ضمانه من عين ، أو منفعة ، وما عداه فعلى الغاصب إن لم يعلم ، إذا تقرر ذلك فالأيدي المترتبة على يد الغاصب عشرة تأتي مفصلة، فمن غصب أمة بكراً فباعها ، أو وهبها لإنسان ، أو زوجها له ونحوه ، واستولدها ثم ماتت عنده ، أو غصب داراً ، أو بستاناً ، أو عبداً ذا صناعة ، أو بهيمة ، ثم باع ذلك أو وهبه ونحوه ممن استغله إلى أن تلف عنده ، ثم حضر المالك ، فله تضمين أيهما شاء ، وقد أشار إلى ذلك بقوله : ( وإن باعها ) أي الجارية ( أو وهبها ونحوهما ) بأن جعلها صداقاً ، أو عوضاً في خلع ، أو طلاق ، أو عن قرض ونحو ذلك ( من كل قابض منه ) أي من الغاصب تملكاً بعوض أو غيره ( لعالم بالغصب فوطئها ) القابض وأولدها ، ( فللمالك تضمين أيهما شاء ) أي الغاصب ، أو القابض (نقصها ) أي الجارية ( ومهرها وأُجرتها ، وأرش بكارتها ، وقيمة ولدها إن تلف ) ولدها ، ( فإن ضمن ) المالك (الغاصب) ذلك ( رجع ) الغاصب ( على الآخر ) وهو القابض منه بما ضمنه له المالك ( لحصول التلف في يده ) العادية ، حيث علم بالغصب، ( وإن ضمن ) المالك ( الآخر ) أي القابض من الغاصب العالم بالحال جميع ذلك ( لم يرجع ) القابض بما غرمه ( على أحد ) لاستقرار ذلك عليه ، لدخوله على بصيرة ، (والنقص والأجرة قبل البيع والهبة ) ونحوهما ( على الغاصب ) فليس للمالك تضمينهما للقابض ، لأنهما لم يذهبا تحت يده ( وإن لم يعلما ) أي المشتري والمتهب ( بالغصب فهما كالغاصب في جواز تضمينهما العين والمنفعة ) من حين القبض لما تقدم ( لكنهما يرجعان على الغاصب بما لم يلتزما ضمانه ) أي بما لا يقتضي العقد ضمانه ، من عين أو منفعة ، وكذا سائر الأيدي المترتبة على يد الغاصب ، فعقد البيع يقتضي أن المبيع مضمون على المشتري بالثمن ، حتى لو تلف فات مجاناً ، بخلاف المنافع ، فإنها تثبت للمشتري تبعاً للعين ، لأن الخراج بالضمان ، وعقد الإجارة يقتضي أن المنفعة مضمونة على المستأجر دون العين ، فإن المستأجر إنما أعطى الأجرة في مقابلة المنفعة خاصة ، فهي مضمونة عليه بالأجرة والعين معه أمانة لم يلتزم ضمانها ، والوديعة والهبة تقتضي عدم ضمان العين ، والمنفعة والعارية تقتضي ضمان العين دون المنفعة ، وهكذا تقول في كل عقد بحسبه ، إذا علمت ذلك .

فالأولى والثانية من الأيدي المترتبة على يد الغاصب يد المشتري ، والمستعير وإليهما أشار بقوله : ( فإن ضمن ) المالك ( المشتري ) العين والمنفعة ، ( أو ) ضمن ( المستعير) العين والمنفعة ( رجعا ) أي المشتري والمستعير على الغاصب ( بقيمة المنفعة ) إذ هي غير

مضمونة عليهما ( دون العين ) فإنها تستقر عليهما لدخولهما في العقد على ضمانها . الثالثة : يد المستأجر ، وإليه الإشارة بقوله : ( المستأجر ) إن جهل الغصب ( عكسهما ) يستقر عليه ضمان المنفعة دون العين ، لأنه دخل على ضمان المنفعة دون العين ، فإن ضمن المالك الغاصب العين والمنفعة رجع الغاصب على المستأجر بقيمة المنفعة ؛ وإن ضمنهما المستأجر رجع على الغاصب بقيمة العين .

الرابعة والخامسة : المملك بلا عوض والقابض بعد أمانة . وقد ذكرهما بقوله : ( وإن ضمن ) المالك ( المودع ) ولم يكن فرط ( أو المتهب ) ومثله المهدي إليه والمتصدق عليه: العين والمنفعة ( رجعا ) أي المودع والمتهب ( بهما ) على الغاصب ، حيث لم يعلما لتغريره لهما ، ولأنهما لم يدخلا على ضمان شيء ، ومثل المودع الوكيل والمرتهن ، وما تقدم في الرهن من أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعا وقبضا الثمن ، ثم بان المبيع مستحقاً لم يلزمهما شيء أي من الثمن ، لأن حقوق العقد متعلقة بالموكل دون الوكيل ، وليس معناه أن المستحق للعين لا يطالب الوكيل بها كما نبه عليه ابن رجب ، ( وإن ضمن ) المالك ( الغاصب رجع ) الغاصب ( على الآخر بما لم يرجع به ) القابض (عليه لو ضمنه ) المالك ابتداء ، ففي مسئلتي الوديعة والهبة إذا ضمن الغاصب لا يرجع على المتهب ، ولا على الوديع بشيء ، لأنهما لم يدخلا على ضمان شيء وإن كانا عالمين استقر عليهما الضمان ، والموصي له بالمنافع كالمتهب ، ( ويسترد المشتري والمستأجر من الغاصب ما دفعا إليه من المسمى ) في البيع والإجارة ( بكل حال ) أي سواء جهلا أو علماً بالغصب لانتفاء صحة العقد فيهما ، لأن البائع المؤجر ليس مالكاً ولا مأذونه ، فلا يملك الثمن ولا الأجرة بالعقد الفاسد ، وظاهره : ولو أقرا بالملك للغاصب ، وهو مقتضى ما يأتي في الدعاوي ، ومفهوم المنتهى : إن أقرا بالملك له لا رجوع لهما ، مؤاخذة لهما بمقتضى إقرارهما .

قال ابن رجب في القواعد : لو أقر المشتري للبائع بالملك فلا رجوع له عليه ، ولو أقر بصحة البيع ، ففي الرجوع احتمالان ذكرهما القاضي ، وقد يخرج كذلك في الإقرار بالملك حيث علم أنه مستند اليد ، وقد بان عدوانها . انتهى .

ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة ، قال ابن رجب : قياس المذهب : أن له ذلك كما نص عليه أحمد في المتجر في الوديعة من غير إذن : إن الربح للمالك ، ( وإن ولدت ) المغصوبة ( من مشتر أو ) ولدت من ( متهب ، فالولد حر ) ، حيث لم يعلما الحال للغرر ، ( ويفديه ) أبوه ( بقيمته يوم وضعه ) لما تقدم ،

(ويرجع ) الغارم ( بالفداء على الغاصب ) لأنه غره ، ولأنه لم يدخل على ضمانه ، (وإن تلفت) الجارية ( عند مشتر ) جاهل بالحال ، ( فعليه قيمتها ، ولا يرجع بها ولا بأرش بكارة ) على الغاصب ، لأنه دخل على ضمان العين ، لأنه بذل الثمن في مقابلتها ( بل ) يرجع المشتري الجاهل بالحال على الغاصب ( بثمن ) أخذه الغاصب منه ، ( و ) بـ ( مهر ، وأجرة نفع ، وثمرة ) بستان ، ( وكسب ) قن ( وقيمة ولد كما تقدم ) لأنه دخل على أن ذلك غير مضمون عليه ، ( و ) كذا ( نقص ولادة ومنفعة فائتة ) إذا غرمهما المشتري رجع بهما على الغاصب ، كما تقدم ، ( وتقدم حكم غير المشتري من كل قابض من الغاصب بما يرجع ) الغاصب ( به على القابض منه ) إذا غرمه المالك وما يرجع به القابض على الغاصب إن ضمنه المالك ، فإن قلت : أين تقدم ذلك ؟ قلت : في قوله : لكنهما يرجعان على الغاصب بما لم يلتزما ضمانه ، لأن معناه أن المشتري والمتهب ونحوهما من كل قابض إذا غرمهما المالك يرجعان على الغاصب بما لا يقتضي العقد أنه مضمون عليهما ، وعلم منه : أنه يستقر عليهما ما اقتضى العقد أنه مضمون عليهما ، كما تقدم ، ( وإن ردها ) أي الجارية المشتري ( حاملاً ، فماتت من الوضع فهي مضمونة على الواطيء ) لأنها تلفت بسبب وطئه ، وقد دخل على ضمانها ، فإن كان موهوباً وغرم القيمة رجع بها على الغاصب لأنه غرم .

السادسة : يد المتزوج للأمة المغصوبة إذا تزوجها وولدت عنده وماتت ، وقد ذكرها بقوله : ( وإن ولدت من زوج غير عالم ) بالغصب ، ( فالولد رقيق ) تبعاً لأمه إن لم يشترط حريته ، أو يغر بحريتها ( يجب ) على الزوج ( رده على المالك إن كان الولد حياً) كأمه ، ( وإن تلف ) الولد ، ( ففيه القيمة للمالك ) كما تقدم ( يأخذها ) المالك، ( ممن شاء من الغاصب أو الزوج ، فإن ضمن الزوج رجع على الغاصب ) لأنه غره ، (وإن ضمن الغاصب لم يرجع عليه ) أي الزوج لاستقرار ذلك على الغاصب ، ( وإن ماتت ) الجارية ( في حال الزوج ، فقري الضمان على الغاصب ) لأن مقتضى عقد النكاح عدم ضمانها على الزوج ، ( فإن استخدمها الزوج وغرم ) للمالك ( الأجرة لم يرجع بها على الغاصب ) لأن عقد النكاح لا يقتضي استخدام الزوج للزوجة ، لأن المعقود عليه فيه منفعة البضع فقط ، فلا تغرير ، ( وإن أعارها ) أي أعار الغاصب العين المغصوبة ، (فتلفت ضمن مستعير غير عالم العين ) لأنه مقتضى عقد العارية دون المنفعة، ( و ) غرم ( غاصب الأجرة ) لأنه المستعير دخل على أنها غير مضمونة عليه ، وكذا الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال المعروف ، ( وإلا ) بأن كان المستعير عالماً بالغصب ( ضمنها ) أي العين والمنفعة ( المستعير ، كما تقدم ) لأنه لا تغرير .

السابعة : يد المتصرف في المال بما ينميه ، كالمضارب ، والشريك ، والمساقي ، والمزارع إذا تلف ذلك بيد العامل ونحوه ، فإن ضمنه المالك رجع على الغاصب بقيمة وأجرة عمل ، لأنهم دخلوا على أن لا ضمان عليهم إلا حصتهم من الربح والثمر ونحوه، فيستقر عليهم ضمانها ، وإن ضمن الغاصب رجع بما قبض عامل لنفسه من ربح، وثمر ، وزرع بقسمته معه ، لأنه لا يستحق ما قبضه من ذلك لفساد العقد ، وللعامل على الغاصب أجر مثله لأنه غره .

الثامنة : يد القابض تعويضاً بغير عقد البيع ، بأن يجعل المغصوب عوضاً في نكاح ، أو خلع ، أو طلاق ، أو عتق ، أو صلح ، أو إيفاء دين ونحوه ، فإن غرم قابض ونحوه رجع بقيمة منفعة ، وإن غرم غاصب رجع بقيمة عين والدين بحاله .

التاسعة : يد المتلف للمغصوب نيابة عن الغاصب كالذابح للحيوان والطابخ له ، وهذا يرجع بما ضمنه له المالك على الغاصب إن لم يعلم بالحال ، لوقوع الفعل للغاصب فهو كالمباشر له ، لكن إن أتلفه على وجه محرم ، كأن قتل العبد ، أو أحرق المال المغصوب عالماً تحريمه ، ففي التلخيص : يستقر عليه الضمان لعلمه بالتحريم ، ورجح الحارثي دخوله في قسم المغرور لعدم علمه بالضمان .

العاشرة : يد الغاصب من الغاصب . فالقرار على الثاني مطلقاً ولا يطالبه بما زاد على مدته ، وهذا كله يعلم مما ذكره بالتأمل ، ومتى وجدت زيادة بيد أحدهما كسمن وتعلم صنعة ثم زالت ، فإن كانت في يد الثاني فكما لو كانت بأيديهما ، وإن كانت بيد الأول اختص بضمان تلك الزيادة ، وأما الأصل فعلى ما سبق .

( وإذا اشترى ) إنسان ( أرضاً فغرسها ، أو بني فيها فخرجت ) الأرض ( مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرمه ) بسبب ذلك من ثمن أقبضه ، وأجرة غارس ، وبانٍ وثمن مؤن مستهلكة ، وأرش نقص بقلع ونحو ذلك ، وأجرة دار، لأن البائع غر المشتري ببيعه إياها وأوهمه أنها ملكه ، وكان سبباً في غراسه وبنائه وانتفاعه ، فرجع عليه بما غرمه .

و( لا ) يرجع المشتري ( بما أنفق على العبد والحيوان ولا بخراج الأرض ) إذا اشترى أرضاً خراجية وغرم خراجها ثم ظهرت مستحقة ، فلا يرجع المشتري بذلك على البائع ، ( لأنه ) أي المشتري ( دخل في الشراء ملتزماً ضمان ذلك، ) لأن عقد البيع يقتضي النفقة على المبيع ودفع خراجه .

قلت : وقياس ذلك أن الزوج لا يرجع على الغاصب بما أنفقه على الزوجة إذا

خرجت مغصوبة ، كما أنه لا يرجع على الحرة في النكاح الفاسد ، وبيع الخراجية كما تقدم غير صحيح ، فالمراد هنا إذا حكم به من يراه أو المراد به النزول عنها لمن يقوم مقامه في الانتفاع ووزن الخراج كما يأتي في إحياء الموات .

( وإن أطعم ) الغاصب ( المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على الآكل ) لأنه المباشر ولا غرر ، ( وإن لم يعلم ) الآكل بالغصب ، ( فـ ) قرار الضمان ( على الغاصب ) لأنه غر الآكل ، ( ولو لم يقل ) الغاصب ( كله ، فإنه طعامي ) لأن الظاهر أن الإنسان إنما يتصرف فيما يملكه .

( وإن أطعمه ) أي أطعم الغاصب المغصوب ( لمالكه ، أو ) أطعمه لـ ( عبده ) أي المالك ، ( أو دابته ، فأكله ) المالك ( عالماً أنه له ) وكذا لو أكله عبده أو دابته بيده ، (ولو بلا إذنه ) أي المالك ( بريء الغاصب ) لأن المالك أتلف ماله عالماً من غير تغرير، فلم يكن له رجوع به على أحد ، ( وإن لم يعلم ) المالك أنه طعامه لم يبرأ الغاصب ، لأنه لم يعده إلى تصرفه التام وسلطانه المطلق ، إذ لا يتمكن من بيعه ، ولا هبته ، ولا إطعامه غيره ، ( أو أخذه ) أي أخذ المالك المال المغصوب من غاصبه ( بقرض، أو شراء أو هبة ، أو هدية ، أو صدقة ، أو إباحة ) الغاصب ( له ) أي للمالك ولم يعلم ، لم يبرأ (أو رهنه ) الغاصب ( عنده ) أي مالكه ( أو أودعه إياه ، أو أجره ، أو استأجره على قصارته وخياطته ، لم يبرأ ) الغاصب ، ( إلا أن يعلم ) المالك أنه ماله المغصوب منه ، لأنه بالغصب أزال يد المالك وسلطنته ، وبالإطعام والهبة ، أو الإيداع أو نحوه لم يعد ، إلا أنه إنما تسلمه على وجه الأمانة ، أو ثبوت بدله في ذمته ، أو تحمله منته ، وربما كافأه في الهبة ، لكن القياس أن الغاصب يبرأ إذا أخذه المالك قرضاً ، أو شراء من العين ، لأن مالكها دخل على أنها مضمونة عليه ، وقد قالوا : لا شيء له ، لما يستقر عليه لو كان أجنبياً ، كما في العارية وجزم به في المغني ، لكن المنصوص ما ذكر المصنف كما قال الحارثي ، لأنه سلمه إليه على بذل العوض ، فلم يرد إليه على ما كان، وقد أشبعت الكلام في ذلك في حاشية المنتهى .

« تنبيه » : قياس المذهب أن الغاصب يبرأ من المنفعة فيما إذا أجره لمالكه لدخوله على ضمانها ، كما أشار إليه المجد في شرحه ، ( وإن أعاره ) أي أعار الغاصب المالك (إياه) أي المغصوب ( بريء ) الغاصب ( علم ) المالك أنه ماله ، ( أو لم يعلم ) ذلك ، لأنه دخل على أنه مضمون عليه ، لكن له الرجوع بأجرة منفعته على الغاصب ، لأنه دخل على أن المنفعة غير مضمونة عليه ، كما يشير إليه كلام المجد في شرحه ، وإن صدر ما تقدم من مالك الغاصب، بأن وهبه المغصوب، أو أودعه إياه ونحوه بريء الغاصب، كما

لو زوجه المغصوبة ، ومن أخذ منه ما اشتراه ببينة بالملك المطلق رد بائعه ما أخذ ، (ومن اشترى عبداً ) أو أمة ( فأعتقه فادعى رجل أن البائع غصبه ) أي القن ( منه فصدقه أحدهما ) أي البائع أو المشتري ( لم يقبل ) تصديقه ( على الآخر ) المنكر ، لأنه لا يقبل إقراره في حق غيره ، ( وإن صدقاه ) أي البائع والمشتري ( مع العبد ) لم يبطل العتق ( لأنه حق الله تعالى ، بدليل أنه لو شهد به شاهدان وأنكره العبد لم يقبل منه ، وكذا إن صدقاه دون العبد كان حراً ، لأنه تعلق به حق لغيرهما ، ( ويستقر الضمان على المشتري ) لأن التلف حصل في يده ، وللمالك تضمين من شاء منهما قيمته يوم العتق، فإن ضمن البائع رجع على المشتري لما ذكرنا وإن ضمن المشتري لم يرجع على البائع إلا بالثمن ، قاله في المبدع وغيره .

( فلو مات العبد وخلف مالاً فهو ) أي المال ( للمدعي ) لاتفاقهم على أنه له ( إلا أن يخلف ) القن ( وارثاً ) فالمال له ، للحكم بحريته ، ( وليس عليه ) أي القن ( ولاء ) لأن أحداً لا يدعيه ، ( وإن أقام المدعي بينة بما ادعاه ) من أن البائع غصبه منه ، ( بطل البيع ) لأنه ليس من مالك ولا مأذون ، ( و ) بطل ( العتق ) لترتبه على البيع الباطل ، ( ويرجع المشتري على البائع بالثمن ) لبطلان البيع ، ( وإن كان المشتري لم يعتقه ) وادعى إنسان أن البائع غصبه منه ، ( وأقام المدعي بينة بما ادعاه انتقض البيع ) أي تبيناً عدم انعقاده ، لأنه ليس من مالك ولا مأذونه ، ( ورجع المشتري على البائع بالثمن ) لبطلان البيع ، ( وكذلك إن أقرا ) أي البائع والمشتري ( بذلك ) أي بأن البائع غصبه من المدعي فيبطل البيع ويرجع المشتري على البائع بما قبضه من الثمن ، لأن الحق لا يعدوهما ، بخلاف ما إذا أعتقه ، ( وإن أقر أحدهما ) بما ادعاه المدعي من غصب القن ، ( لم يقبل ) إقراره ( على الآخر ) لأنه تعلق به حق لغيره ، ( فإن كان المقر ) هو (البائع لزمته القيمة للمدعي ) لأنه حال بينه وبين ملكه بغير حق ، ( ويقر العبد في يد المشتري) لأنه ملكه في الظاهر ، ( وللبائع إحلافه ) أنه لا يعلم صحة إقراره ، فإن نكل قضى عليه بالنكول ، ( ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن ، فليس له مطالبة المشتري ) به لإقراره بما يسقطه ، ( وإن كان ) البائع ، ( قد قبضه ) أي الثمن ، ( فليس للمشتري استرجاعه لأنه لا يدعيه ، ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ ) للبيع ، ( أو غيره ) من إرث، أو هبة، أو شراء ونحوها ( لزمه ) أي البائع ( رده ) أي العبد ( إلى مدعيه ) لاعترافه له بالملك ، ( وله استرجاع ما أخذ منه ) في نظير الحيلولة لزوالها ، ( وإن كان إقرار البائع ) بأنه غصبه منه ( في مدة الخيار انفسخ البيع لأنه يملك فسخه ) ، فقبل إقراره بما يفسخه، وسواء كان خيار مجلس، أو خيار شرط لهما، أو للبائع وحده، لا للمشتري

وحده ، ( وإن كان المقر ) بأن البائع غصبه هو ( المشتري وحده لزمه رد العبد ) للمدعي لإقراره بالملك ، ( ولم يقبل إقراره على البائع ولا يملك ) المشتري ( الرجوع عليه ) أي البائع ( بالثمن إن كان ) البائع ( قبضه ، وعليه ) أي المشتري ( دفعه ) أي الثمن ( إليه إن لم يكن ) البائع ( قبضه ) لأنه ملكه في الظاهر ، ( وإن أقام المشتري بينة ما أقر به ) من غصب البائع للعبد ( قبلت ) بينته لعدم ما ينافيها ، ( وله الرجوع بالثمن على البائع حينئذ لتبين بطلان البيع ، ( وإن كان البائع ) هو ( المقر ) بأنه غصبه من المدعي ، (وأقام بينة ) بما أقر به ، ( فإن كان ) البائع ( في حال البيع قال : بعتك عبدي هذا ، أو ) قال : بعتك ( ملكي لم تقبل بينته ) أي للبائع ، ( لأنه يكذبها ) بقوله عبدي هذا أو ملكي ، ( وإلا ) يقل ذلك ، بأن قال مثلاً : بعتك هذا العبد ( قبلت ) بينته ، لأنه قد يبيع ملكه وغيره ، ( وإن أقام المدعي البينة سمعت ) بينته وبطل البيع ، وكذا العتق إن كان كما تقدم ، ( ولا تقبل شهادة البائع له ) أي للمدعي بأنه غصبه منه ، لأنه يجربها إلى نفسه نفعاً ، ( وإن أنكراه ) أي أنكر البائع والمشتري مدعي العبد ( جميعاً، فله إحلافهما ) لحديث : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي واليمين عليّ مَنْ أَنْكَرَ » [1] .

« تتمة » : قال أحمد في رجل يجد سرقته عند إنسان بعينها قال : هو ملكه ، يأخذه. أذهب إلى حديث سمرة عن النبي ﷺ : « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، ويَتْبَعُ الْمُبْتَاعُ مَنْ بَاعَهُ » [2] رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة .

★ ★ ★

## ( فصل في تلف المغصوب )

وإن تلف المغصوب بأن كان حيواناً فمات ، أو متاعاً فاحترق ونحوه، وشمل كلامه:

---

(١) الحديث من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٦٢٦، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في أن البينة على المدعي ، الحديث (١٣٤١) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ٢١٨/٤ ، كتاب الأقضية ، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ، الحديث (٥٣) ، واللفظ لهما ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٢٥٦/١ ، كتاب الدعوى ، باب المتداعيين يتداعيان .

(٢) حديث سمرة رضي الله عنه أخرجه أحمد في مسنده ، وله شاهد من حديث أبي خَلْدَة الزُّرقي، أخرجه الشافعي في ترتيب المسند : ١٦٣/٢ ، كتاب التفليس ، الحديث (٥٦٤) ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الرجل يفلس ، الحديث (٣٥٢٣) ، وابن ماجة في السنن : ٢/ ٧٩٠ كتاب الأحكام ، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، الحديث (٢٣٦٠) ، وابن الجارود في المنتقى (ص٢١٤) ، أبواب القضاء في البيوع ، الحديث (٦٣٤) ، والحاكم في المستدرك : ٢/ ٥٠ - ٥١ ، كتاب البيوع ، باب أيما رجل مات أو أفلس ، وقال : « صحيح الإسناد » ، وأقره الذهبي .

لو غصبه مريضاً فمات في يده في ذلك المرض ضمنه كما جزم به الحارثي ، واقتصر عليه في الإنصاف ، ( أو أتلفه الغاصب ، أو ) أتلفه ( غيره ) بأن قتل الحيوان المغصوب، أو أحرق المتاع المغصوب ، ( ولو ) كان إتلاف غير الغاصب للمغصوب ( بلا غصب ) بأن أتلفه بيد الغاصب، أو بعد أن انتقل إلى يده بشيء مما تقدم من نحو بيع، أو هبة، أو عارية، أو وديعة ( ضمنه ) الغاصب أو من تلف بيده ( بمثله إن كان ) المغصوب ( مكيلاً أو موزوناً ) لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه ( تماثلت أجزاؤه ، أو تباينت كالأثمان، ولو نقرة أو سبيكة ، و ) كـ ( الحبوب ) من بر، وشعير، وأرز، ودخن، وذرة، وعدس، وباقلاء ونحوها ، ( و ) كـ ( الأدهان ) من سمن وشيرج وزيت ، وكذا سائر المائعات والثمار التي تجب فيها الزكاة ، كتمر، وزبيب، وبندق، ولوز، ونحوها ، وتقدم بيان المكيلات والموزونات في الربا مفصلة ، فيضمن ذلك بمثله ( إذا كان ) حين التلف ( باقياً على أصله ) أي حاله حين الغصب . قال أحمد في رواية حرب : ما كان من الدراهم والدنانير أو ما يكال، أو ما يوزن فعليه مثله . انتهى ، لأن المثل أقرب إلى المنضبط من القيمة لكونه مماثلاً له من طريق الصورة والمشاهدة ، والمعنى بخلاف القيمة ، فإنها مماثلة من طريق الظن والاجتهاد ، فقدم ما طريقه المشاهدة كالنص ، فإنه لما كان طريقه الإدراك بالسماع كان أولى من القياس لأن طريقه الاجتهاد ، ( فإن تغيرت صفته ) أي المغصوب ( كرطب صار ) وقت التلف ( تمراً ، أو سمسم صار ) بعد الغصب (شيرجاً ضمنه ) -بتشديد الميم- ( المالك ) للغاصب ونحوه ( بمثل أيهما أحب ) لثبوت ملكه على كل واحد من المثلين ، فإن شاء ضمنه رطباً وسمسماً ، اعتباراً بحال الغصب ، أو تمراً وشيرجاً اعتباراً بحالة التلف ( والدراهم المغشوشة الرائجة مثلية ) لتماثلها عرفاً ، ولأن إخلاطها غير مقصودة ، كذا الفلوس ، وتقدم في القرض .

« تنبيه » : ينبغي أن يستثني من ضمان المثلى بمثله : الماء في المفازة ، فإنه يضمن بقيمته في البرية ذكره في المبدع ، وجزم به الحارثي .

قلت : ويؤيده ما قالوه في التيمم : وييمم رب ماء مات لعطش رفيقه ، ويغرم قيمته مكانه لورثته ، ( وإن أعوز المثل ) قال في المبدع : في البلد أو حوله ، ( لعدم، أو بعد، أو غلاء ، فعليه ) أي الغاصب ونحوه ( قيمة مثله ) أي المغصوب المثلي ، لأنها أحد البدلين ، فوجب عند تعذر أصله كالآخر ( يوم أعوازه ) أي المثل لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل ، فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ( في بلده ) أي الغصب ، لأنه مكان الوجوب ، ( فلو قدر ) الغاصب ونحوه ( على المثل ) بعد تعذره ( قبل أداء القيمة لا بعده لزمه المثل ) لأنه الأصل ، وقد قدر عليه قبل أداء البدل ، حتى ولو كان

ذلك بعد الحكم عليه بأداء القيمة كالمأمور بالتيمم عند ضيق الوقت ، وفقد الماء إذا قدر عليه قبل انقضاء الصلاة ، ( و ) إن قدر على المثل بعد أداء القيمة ( لم يرد القيمة ) ليأخذ المثل ، لأنه استقر البدل ، كمن وجد الماء بعد الصلاة ، ( فإن كان ) الموزون (مصوغاً مباحاً ) أي فيه صناعة مباحة ( كمعمول ذهب وفضة ) من أساور وخلاخيل ودمالج ونحوها ، ( و ) كمعمول ( نحاس ورصاص، ومغزول صوف وشعر ونحوه ) كمغزول قطن وكتان ، ( أو ) كان ( تبراً تخالف قيمته وزنه بزيادة أو نقص ) ضمن بقيمته ، لأن الصناعة تؤثر في القيمة ، وهي مختلفة ، والقيمة فيه حصر ، وكذا ما لا يصح السلم فيه من جوهر ونحوه ، ( فإن كان ) المصوغ ( من ) أحد ( النقدين ) قوم بالآخر لئلا يؤدي إلى الربا فيقوم حلى الذهب بالفضة، وحلى الفضة بالذهب ، ( أو ) كان المغصوب ( محلى بأحدهما ) أي النقدين ( قومه بغير جنس ) فيقوم المحلي بذهب بالفضة والمحلي بفضة بالذهب فراراً من الربا ، ( وإن كان ) المغصوب ( محلى بهما ) أي بالنقدين معاً ( قومه بما شاء منهما للحاجة ) إلى التقويم بأحدهما ، لأنهما قيم للمتلفات ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فكانت الخيرة في ذلك إلى من يخبر التقويم ، ( وأعطاه ) أي أعطى الغاصب ونحوه مالك المحلي بهما ( بقيمته عرضاً ) لأن أخذها من أحد النقدين يفضي إلى الربا ، وكذا لو كان مصوغاً منهما ، ( وإن كان ) المغصوب (محرم الصناعة كأواني ذهب، وفضة، وحلي محرم ) كسرج وركاب ( ضمنه ) الغاصب ونحوه ( بوزنه فقط ) لأن الصناعة المحرمة لا قيمة لها شرعاً ، ( وفي الانتصار والمفردات : لو حكم حاكم بغير المثل في المثلى وبغير القيمة في المتقوم ، لم ينفذ حكمه ولم يلزم قبوله ) ، واقتصر عليه في المبدع وغيره ، ( وإن لم يكن ) المغصوب ( مثلياً ) كالثوب، والعبد، والدابة، وتلف أو أتلفه الغاصب أو غيره ( ضمنه بقيمته ) لقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ العَدْلِ »[1] متفق عليه ، فأمر بالتقويم في حصة الشريك ، لأنها متلفة بالعتق ، ولم يأمر بالمثل ، لأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها ، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها ، فكانت أولى ، فإن كان زرعاً أخضر قوم على رجاء السلامة وخوف العطب كالمريض والجاني وتعتبر القيمة ( يوم تلفه في بلد غصبه ) لأن ذلك زمن الضمان وموضعه ( من نقده ) أي نقد بلد الغصب ، لأنه موضع الضمان ، ( فإن كان به نقود فمن غالبها ) لأنه الذي ينصرف إليه اللفظ عند

---

(١) الحديث من رواية عبد الله بن عمر أخرجه البخاري في كتاب العتق ، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ، وأخرجه مسلم في كتاب الأيمان ، باب من أعتق شريكاً له في عبد ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١٠٨٢) .

الإطلاق ، كما لو باع بدينار مطلق ، ( وكذا متلف بلا غصب ومقبوض بعقد فاسد ) إذا تلف أو تلف ، ( وما أجرى مجراه ) أي مجرى المقبوض بعقد فاسد في الضمان ( مما لم يدخل في ملكه ) أي القابض كالمقبوض على وجه السوم ، فإن كانت مثلية ضمن بمثلها أو متقومة فبقيمتها ، لكن لو اشترى ثمرة شجرة شراء فاسداً وخلى البائع بينه وبينه على شجرة لم يضمنه بذلك ، لعدم ثبوت يده عليه ، ذكره بعضه أصحابنا محل وفاق ، قاله ابن رجب في القواعد ، ( فإن دخل ) التالف ( في ملكه ) أي ملك متلفه ( بأن أخذ معلوماً بكيل، أو وزن، أو ) أخذ ( حوائج لن يقال ونحوه ) كجزار وزيات ( في أيام ) ولم يقطع سعرها ( ثم يحاسبه بعد ) ذلك ، ( فإن يعطيه بسعر يوم أخذه ، لأنه ثبتت قيمته) في ذمته ( يوم أخذه ) لتراضيهما على ذلك ، ولا يرد المثل ، ومقتضى قولهم : فإن دخل في ملكه أن العقد في ذلك صحيح وإلا لما ترتب عليه الملك ، ولذلك أخذ منه الشيخ تقي الدين صحة البيع بثمن المثل ، وعلى هذا يدخل في ملكه ، وهذا العقد جار مجرى الفاسد ، لكونه لم يعين فيه الثمن لكنه صحيح ، إقامة للعرف مقام النطق ، وهذا وإن كان مخالفاً لما تقدم من أن البيع لا يصح إلا مع معرفة الثمن أولى من القول بأنه فاسد يترتب عليه الملك ، لأن الفاسد لا يترتب عليه أثر ، بل يدعي أن الثمن في هذه معلوم بحكم العرف فيقوم مقام التصريح به ، ( ولا قصاص في المال مثل شق ثوبه ونحوه ) بلى الضمان بالبدل، أو الأرش على ما تقدم تفصيله ، ( ولو غصب جماعة مشاعاً) بين جماعة كعقار ( فرد واحد منهم ) أي الغاصبين ( سهم واحد ) من المالكين (إليه لم يجز له) أي لم يطلب له الانفراد بالمردود عليه ، ( حتى يعطى شركاءه ) أي إلى أن يرد إلى شركائه مثل ما رد إليه ، لأن نصيبه شائع ، فلا يختص بالمردود ، (وكذا لو صالحوه عنه بمال ) نقله حرب ، أي فلا يطيب له الانفراد به . وقال في الفروع: ويتوجه أنه بيع المشاع . انتهى . أي فيصح ويطيب له المال .

قلت : وهو ظاهر ، ولعل رواية حرب جرت فيما إذا صالحوه عن سهم معين ، وكذا لو كان الغاصب لحصصهم واحداً ، ويصح غصب المشاع ، فلو كانت أرض أو دار لاثنين في يدهما ، فنزل الغاصب في الأرض أو الدار ، فأخرج أحدهما وبقي الآخر معه على ما كان مع المخرج ، فإنه لا يكون غاصباً إلا نصيب المخرج ، حتى لو استغلا الملك وانتفعا به لم يلزم الباقي منهما لشريكه المخرج شيء ، قاله المجد في شرحه .

( ولو تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه ) بذلك ( كزوجي خف ومصراعي باب تلف أحدهما، فعليه) أي الغاصب ( رد الباقي، وقيمة التالف، وأرش النقص) فإذا كانت قيمتهما مجتمعين ستة دراهم ، فصارت قيمة الباقي منهما درهمين رده وأربعة دراهم ،

درهمان قيمة التالف ودرهمان أرش النقص ، لأنه حصل بجنايته بخلاف نقص السعر ، لأنه لم يذهب به من المغصوب عين ولا معنى ، وها هنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به ، ( وإن غصب ثوباً قيمته عشرة فلبسه ) الغاصب أو غيره ، ( فأبلاه فنقص ) الثوب ( نصف قيمته ) وكذا لو نقص ذلك بغير استعمال ، ( ثم غلت الثياب فعادت قيمته ) أي الثوب المغصوب إلى عشرة ، ( كما كانت ) قبل البلى ( رده ) الغاصب ، ( و ) رد ( أرش نقصه ) لأن ما تلف قبل غلاء الثوب يثبت قيمته في الذمة ، فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصة ، ( وإن رخصت الثياب فعادت قيمته إلى ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة ) أرش النقص ( مع رد الثوب ) لمالكه لما تقدم ، ( وإن غصب عبداً فأبق ، أو ) غصب ( فرساً فشرد أو ) غصب ( شيئاً فتعذر رده مع بقائه ضمن ) الغاصب ( قيمته ) للحيلولة ، ( فإذا أخذها المغصوب منه ملكها ) بقبضها فيصح تصرفه فيها كسائر أملاكه من أجل الحيلولة لا على سبيل العوض ، ( و ) لهذا ( لا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة ) لأنه لا يصح أن يتملكه بالبيع لعدم القدرة على تسليمه ، فلا يصح أن يتملكه بالتضمين كالتالف . قال في التلخيص : ولا يجبر المالك على أخذها ، ولا يصح الإبراء منها، ولا يتعلق الحق بالبدل، فلا ينتقل إلى الذمة، وإنما يثبت جواز الأخذ دفعاً للضرر ، فتوقف على خيرته ، ( ولا ) يملك الغاصب أيضاً ( إكسابها ) أي العين المغصوبة لأنه فرع ملكها ، ( ولا يعتق ) العبد الآبق ( عليه ) أي الغاصب ببذل قيمته للمالك ( إن كان ) الآبق ( قريبه ) أي الغاصب لأنه لم يملكه ، ( فإن قدر ) الغاصب (عليه) أي المغصوب ( بعد ) عجزه عن ( رده ، رده ) لمالكه ( بنمائه المتصل والمنفصل ) لأنه تابع للأصل ، ( وأخذ ) الغاصب ( القيمة بزوائدها المتصلة فقط ) من سمن ونحوه، لأنه إنما وجب دفعها من أجل الحيلولة وقد زالت ، ولا يرد المنفصلة بلا نزاع ، قاله في الإنصاف .

قال المجد : وعندي أن هذا لا يتصور لأن الشجر أو الحيوان لا يكون أبداً نفس القيمة الواجبة ، بل بدل عنها ، وإذا رجع المغصوب رد القيمة لا بد لها ولا ثمراته ، كمن باع سلعة بدراهم ثم أخذ عنها ذهباً أو سلعة ثم رد المبيع بالعيب ، فإنه يرجع بدراهم لا ببدلها . انتهى .

قال في شرح المنتهى : وهو كما قال . قلت : وفيه شيء ، لأن من باع بدراهم قد استقرت بذمته فيتأتى التعويض عنها ، وهنا لم تثبت القيمة بذمته كما تقدم عن صاحب التلخيص ، فافترقا ( إن كانت ) القيمة ( باقية ، وإلا ) بأن لم تكن باقية أخذ ( بدلها ) وهو مثلها إن كانت مثلية ، أو قيمتها إن كانت متقومة ، ( وليس للغاصب حبس العين)

المغصوبة إذا عادت إليه بعد أداء قيمتها للحيلولة ( لاسترداد القيمة كمن اشترى شراء فاسداً ) وقبض المبيع وسلم الثمن ، فإنه ( ليس له حبس المبيع على رد الثمن ، بل يدفعان ) أي المغصوب وقيمته، أو المبيع بيعاً فاسداً وثمنه ( إلى عدل ) ينصبه الحاكم (يسلم إلى كل واحد ماله ) قطعاً للنزاع كما تقدم في البيع ، ( وإن غصب عصيراً فتخمر) عنده ، ( فعليه ) أي الغاصب ( مثله ) أما ضمانه ، فلأنه صار في حكم التالف لذهاب ماليته بتخمره ، وأما كونه بالمثل فلأنه مثلي ، ( وإن انقلب ) الخمر ( خلا رده ) الغاصب ، ( و ) رد ( ما نقص من قيمة العصير ، أو ) نقص ( منه ، بـ ) سبب (غليانه) لأنه نقص حصل بيده ، ومن غصب صاعاً من عصير وغلاه حتى ذهب نصفه فلم تنقص قيمته ، فنقل المجد عن القاضي وابن عقيل : لا يضمن شيئاً ، لأن الذاهب منه أجزاء مائي ورطوبات لا قيمة لها ، وقدم في الفروع عليه : مثل نقصه ، وحكاه في الإنصاف عن الأصحاب ، وكما لو كان زيتاً ونحوه .

( وإن غصب أثماناً ) لا مؤنة لحملها ( فطالبه مالكها بها في بلد آخر ) غير بلد الغصب ( وجب ) على الغاصب ( ردها إليه ) أي المالك لعدم الضرر ، ( وإن كان المغصوب من المتقومات ) كالثياب والعبيد وطالب به مالكه في غير بلد الغصب ( لزم ) الغاصب ( دفع قيمته في بلد الغصب ) للحيلولة ، ( وإن كان ) المغصوب ( من المثليات) ولحمله مؤنة ( وقيمته في البلدين ) أي بلد الغصب وبلد الطلب ( واحدة أو هي ) أي القيمة ( أقل في البلد الذي لقيه ) المالك وطلبه منه ( فيه ، فله ) أي المالك ( مطالبته بمثله ) للحيلولة ، مع أنه لا ضرر عليه ، ( وإن كانت ) قيمته ببلد الطلب ( أكثر ) من قيمته ببلد الغصب ، ( فليس له ) أي المالك ( المثل ) لما فيه من ضرر الغاصب ، ( وله المطالبة بقيمته في بلد الغصب ) لأنه لا ضرر فيها على الغاصب ، ( وفي جميع ذلك ذلك متى قدر ) الغاصب ( على المغصوب ، أو ) قدر ( على المثل في بلد الغصب رده ) للمالك لأنه الواجب ، ( وأخذ ) الغاصب ( القيمة ) لأنها إنما وجبت للحيلولة وقد زالت .



## ( فصل فيما لو كان المغصوب تصح إجارته )

وإن كان للمغصوب منفعة تصح إجارتها ، يعني إن كان المغصوب مما يؤجر عادة ، (فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده ) سواء ( استوفي ) الغاصب أو غيره (المنافع أو تركها تذهب ) لأن كل ما ضمن بالإتلاف جاز أن يضمنه بمجرد التلف في يده ،

كالأعيان وحديث « الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ »[1] وارد في البيع ، فلا يرد عليه الغاصب والقابض بعقد فاسد أو سوم ، ( وإن ذهب بعض أجزائه ) أي المغصوب ( في المدة ) أي مدة الغصب باستعمال أو لا ، ( كخمل المنشفة لزمه ) أي الغاصب ( مع الأجرة أرش نقصه ) لأن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب ، فإذا اجتمعا وجبا والأجرة في مقابلة ما يفوت من المنافع ، لا في مقابلة الأجزاء .

( وإن تلف المغصوب فعليه ) أي الغاصب ( أجرته إلى ) حين ( تلفه ) لأنه من حين التلف ، لم تبق له منفعة حتى وجب عليه ضمانها ( ويقبل قول الغاصب ) أو القابض (أنه تلف ) لأنه لا يعلم إلا منه ، ( فيطالب بالبدل ) أي بمثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان متقوماً ، ويقبل قوله أيضاً في وقت التلف بيمينه لتسقط عنه الأجرة من ذلك الوقت، ( وما لا تصح إجارته ) أي لم تجر العادة بإجارته (كغنم، وشجر، وطير) ونحوه ( مما لا منفعة له ) تؤجر عادة ( لم يلزمه ) أي الغاصب ( له أجرة ) لأن منافعه غير متقومة، ولا يرد عليه صحة استئجار الغنم لدياس الزرع والشجر لنشر الثياب لندرة ذلك.

( وإن غصب شيئاً فعجز عن رده ) كعبد أبق وجمل شرد ، ( فأدى قيمته ) للحيلولة ( فعليه ) أي الغاصب ( أجرته إلى وقت أداء القيمة ) فقط ، ( فإن قدر ) الغاصب (عليه) أي المغصوب ( بعد ) أن كان عجز عنه ( لزمه رده ) لمالكه ( كما تقدم قريباً ، ولا أجرة له ) على الغاصب ( من حين دفع ) الغاصب ( بدله إلى رده ) لأن المالك بقبض قيمته استحق الانتفاع ببدله الذي هو قيمته ، فلا يستحق الانتفاع به وببدله الذي قام مقامه ، ( ومنافع المقبوض بعقد فاسد ) يجب الضمان في صحيحه ، كبيع وإجارة ، ( كمنافع المغصوب تضمن بالفوات والتفويت ) أي يضمنها القابض ، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب لما تقدم، بخلاف عقود الأمانات كالوكالة، والوديعة، والمضاربة ، وعقود التبرعات كالهبة والوصية والصدقة ، فلا ضمان في صحيحها ، ولهذا يرجع من

---

(١) الحديث أخرجه الشافعي في ترتيب المسند : ٢/ ١٤٤ ، كتاب البيوع ، باب فيما نهى عنه من البيوع ، الحديث (٤٨١) ، وأحمد في المسند : ٦/ ٤٩ ، ٨٠ ، ١١٦ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧ ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ، ثم وجد به عيباً ، الأحاديث (٣٥٠٨ - ٣٥١٠) ، والترمذي في السنن ، كتاب البيوع ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً ، الحديث (١٢٨٥ ، ١٢٨٦) ، وقال : « حسن صحيح » ، والنسائي في المجتبى من السنن : ٧/ ٢٥٤ - ٢٥٥ ، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ، وابن ماجة في السنن : ٢/ ٧٥٤ ، كتاب التجارات ، باب الخراج بالضمان ، الحديث (٢٢٤٣) ، وصححه ابن حبان ، أورده الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٧٥) ، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ، الحديث (١١٢٦) ، والحاكم في المستدرك : ٢/ ١٥ ، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ، وأقره الذهبي .

غرم بسبب ذلك شيئاً على الغاصب بما غرمه ، ( ولو كان العبد المغصوب ذا صنائع لزمه) أي الغاصب ( أجرة أعلاها ) صنعة ( فقط ) لأنه لا يمكن الانتفاع به في صنعتين معاً في آن واحد ، ولأن غاية ما يحصل لسيده به من النفع أن يستعمله في أعلى ما يحسنه من الصنائع .

( وتقدم أول الباب : لو حبس حراً أو استعمله كرهاً ) فله أجرة مثله ، ولو كان ذا صنائع وجب له أجرة أعلاها .

★ ★ ★

## فصل

وتصرفات الغاصب الحكمية ، وكذا غير الغاصب ، ( وهي ) أي التصرفات الحكمية ( ما لها حكم من صحة أو فساد ) أي ما توصف تارة بالصحة ، وتارة بالفساد ( كالحج من المال المغصوب، وسائر العبادات ) التي تتعلق بالمغصوب إذا فعلها عالماً ذاكراً ، كما تقدم في الصلاة ، كالصلاة بثوب مغصوب ، أو في مكان مغصوب ، والوضوء من ماء مغصوب ، وإخراج زكاته ، بخلاف عبادة لا يحتاج إليها كالصوم والذكر والاعتقاد ، (والعقود كالبيع والإجارة ) للمغصوب ( والإنكاح ، كأن أنكح ) الغاصب أو غيره (الأمة المغصوبة ونحوها ) أي نحو المذكورات كالعتق والهبة والوقف ( تحرم ، ولا تصح ) خبر قوله : وتصرفات الغاصب ، لحديث : « مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَد » [1] أي مردود .

( وتحرم ) التصرفات ( غير الحكمية ) في المغصوب ( كإتلاف ) المغصوب ، (واستعمالـ) ـه ( كأكل ) المغصوب ، ( ولبسـ ) ـه ( ونحوهما ) كركوبه وحمل عليه وسكنى العقار ، لحديث : « إنَّ أَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ » [2] .

( وإن اتجر ) الغاصب ( بعين المال ) المغصوب بأن كان دنانير أو دراهم فاتجر بها ، (أو ) اتجر بثـ ( ـمن عين المغصوب ) بأن غصب عبداً فباعه واتجر بثمنه وحصل ربح ، (فالربح والسلع المشتراة للمالك ) نقله الجماعة ، واحتج بخبر عروة بن الجعد ، وسواء قلنا بصحة الشراء أو بطلانه ، وهذه المسألة مشكلة جداً على قواعد المذهب ، لأن تصرفات الغاصب غير صحيحة ، فكيف يملك المالك الربح والسلع ؟ لكن نصوص أحمد

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح (١٣٤٤) ، كتاب الأقضية ، باب بيان خير الشهود ، الحديث (١٧١٩) .

(٢) هذا جزء من حديث طويل متفق عليه ، سبق تخريجه في عدة مواضع من أبواب الحج .

متفقة على أن الربح للمالك ، فخرّج الأصحاب ذلك على وجوه كلها ضعيفة ، فبناه ابن عقيل على صحة تصرف الغاصب وتوقفه على الإجازة ، وتبعه في المغني ، وبناه في التلخيص على أنها صحيحة لا تتوقف على الإجازة ، لأن ضرر الغصب يطول بطول الزمان ، فيشق اعتباره ، وخص ذلك بما طال زمنه وحمله القاضي في بعض كتبه على أن الغاصب اشترى في الذمة ، ثم نقد فيه دراهم الغصب .

وصرح بذلك أحمد في رواية المروزي ، فيحمل مطلق كلامه على مقيده ، وحمله ابن رجب في فوائد القواعد على أن النقود لا تتعين بالتعيين فيصير كما لو اشترى في ذمته ، وحمله في المبدع على ما إذا تعذر رد المغصوب إلى مالكه ورد الثمن إلى المشتري ، ( وإن اشترى ) الغاصب أو غيره ( في ذمته ثم نقدها ) أي عين المال المغصوب أو ثمنها ، (ولو من وديعة عبده، أو قارض بهما ) أي بالوديعة والغصب، ( ولو ) كان الشراء ( بغير نية نقده ) أي الثمن من الغصب، أو الوديعة، ( فالعقد ) أي الشراء ( صحيح ) لأنه تصرف في ذمته ، وهي قابلة له ، ( والإقباض فاسد ، أي غير مبرىء ) لعدم إذن المالك فيه ، ( والربح والسلع ) في المضاربة وغيرها ( المشتراة للمالك ) لقول ابن عمر : « ادْفَعْ إِلَيْهِ دَرَاهِمَه بِنِتَاجِهَا » ، ولم يستفصل عن عين أو ذمة . قال الحارثي : وهذا القول يستلزم سلامة العقد للمالك ، وفيه بحث ، فإن العقد إذا صح لكونه واقعاً في ذمة العاقد فكيف يحصل لمن لم يقع في ذمته ؟ ومأخذ الصحة في أشهر الوجهين : أنه نتيجة ملكه ، فكان كالمتولد من عينه ، وهذا قضاء بالدخول في الملك قهراً ، كدخول الميراث بالإرث لا في العامل ، ولا في غيره فيها ، وليس على المالك شيء من أجر العامل لأنه لم يأذن له، ثم إن كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجرة له لتعديه بالعمل ، وإن لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله ، لأنه استعمله بعوض لم يسلم له ، فلزمته أجرته كالعقد الفاسد ، (وإن لم يبق درهم مباح ) أي ومن لم يقدر على شيء مباح ( أكل عادته ) لدعاء الحاجة إلى ذلك ( لا ماله عنه غني كحلوى وفاكهة ، قاله في النوادر ) ، واقتصر عليه في الفروع ، إذ لا مبيح للزيادة على ما تندفع به الحاجة ، ( وإن اختلفا ) أي الغاصب والمالك ( في قيمة المغصوب ) بأن قال الغاصب : قيمته عشرة . وقال المالك : اثنا عشر فقول الغاصب : لأنه غارم ، ( أو ) اختلفا ( في زيادة قيمته : هل زادت قبل تلفه أو بعده ؟ أو ) اختلفا ( في قدره ) أي المغصوب ، ( أو ) اختلفا ( في صناعة فيه ولا بينة ) لأحدهما ، ( فالقول قول الغاصب ) بيمينه ، لأنه منكر لما يدعيه المالك عليه من الزيادة، وإن كان لأحدهما بينة عمل بها ، ( وإن اختلفا في رده ) فقال الغاصب : رددته ، وأنكره المالك فقول المالك ، لأن الأصل معه ، ( أو ) اختلفا في ( عيب فيه بعد تلفه )

بأن قال الغاصب : كان العبد أعمى مثلاً ، وأنكره المالك ، ( فقول المالك ) بيمينه ، لأن الأصل السلامة ، ( لكن لو شاهدت البينة العبد معيباً عند الغاصب ، فقال المالك : حدث ) العيب ( عند الغاصب . وقال الغاصب : بل كان ) العيب ( فيه ، قبل غصبه، فقول الغاصب ) بيمينه لأنه غارم . والظاهر : أن صفة العبد لم تتغير .

( وإن بقيت في يده غصوب لا يعرف أربابها ، فسلمها إلى الحاكم ، ويلزمه ) أي الحاكم ( قبولها بريء من عهدتها ) لأن قبض الحاكم لها قائم مقام قبض أربابها لها ، لقيامه مقامهم ، ( وله ) أي الذي بيده المغصوب ( الصدقة بها عنهم ) أي أربابها ، لأن المال يراد لمصلحة المعاش أو المعاد ، ومصلحة المعاد أولى المصلحتين ، وقد تعينت ههنا لتعذر الأخرى ، ( بشرط ضمانها ) لأربابها إذا عرفهم ، لأن الصدقة بدون الضمان إضاعة لمال المالك لا على وجه بدل ، وهو غير جائز ، نقل المروزي : على فقراء مكانه، أي مكان الغاصب إن عرفه ، لأنه أقرب إلى وصول المال إليه إن كان موجوداً ، أو إلى ورثته ، ويراعي الفقراء لأنها صدقة ، ونقل صالح أو بالقيمة ، وله شراء عرض بنقد ، ولا يجوز في ذلك محاباة قريب أو غيره نصاً ( كلقطة ) حرم التقاطها ، أو لم يعرفها ، فيتصدق بها عن ربها بشرط الضمان ، أو يدفعها للحاكم ، وإذا أنفقت كانت لمن يأخذ بالحق مباحة ، كما أنها من يأكلها بالباطل محرمة ، وبكل حال : ترك الأخذ أجود من القبول ، وإذا صح الأخذ كان أفضل ، أعني الأخذ والصرف إلى الناس المحتاجين إلا إذا كان من المفاسد ، فهناك الترك أولى ، ومن الصدقة بما ذكر : وقفه أو شراء عين به يقفها ، كما ذكره الشيخ تقي الدين نصاً ، ( ويسقط عنه ) أي الغاصب (إثم الغصب) بدفعها للحاكم أو الصدقة بها عن ربها بشرط ضمانها ، لأنه معذور عن الرد للمالك لجهله به ، وإذا تصدق بها فالثواب لأربابها ، ( وكذا رهون ، وودائع ، وسائر الأمانات ، والأموال المحرمة ) كالسرقة والنهب إذا جهل ربها ، دفعها للحاكم أو تصدق بها عن ربها بشرط ضمانها له ، لأن في الصدقة بها عنهم جمعاً بين مصلحة القابض بتبرئة ذمته ، ومصلحة المالك بتحصيل الثواب له .

قال ابن رجب في القواعد : وعلى هذا الأصل يتخرج جواز أخذ الفقراء من الصدقة من يدمن ماله حرام ، كقطاع طريق ، وأفتى القاضي بجوازه ، ( وليس لمن هي ) أي الغصوب والأمانات المجهولة أربابها ( عنده أخذ شيء منها ، و ) لو كان ( فقيراً ) من أهل الصدقة . قال ابن رجب : الديون المستحقة كالأعيان يتصدق بها عن مستحقها ، نص عليه ، مع أنه نص على أن من قال لغريمه : تصدق عني بديني الذي لي عليك لم يبرأ بالصدقة ، ونص في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لرجل مات وعليه ديون للناس

يقضي عنه دينه بالدين الذي عليه أنه يبرأ باطناً ، وإذا أراد من بيده عين جهل مالكها أن يتملكها، وأن يتصدق بقيمتها عن مالكها ، فنقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجراً وعلم أن البائع باعه ما لا يملك، ولا يعرف له أرباب : أرجو أن أخرج قيمة الآجر فتصدق به أن ينجو من إثمه ، وقد يتخرج فيه خلاف من جواز شراء الوكيل من نفسه ، ( وإذا تصدق ) الغاصب ونحوه ( بالمال ) المغصوب ونحوه المجهول ربه ، ( ثم حضر المالك خير بين الأجر وبين الأخذ ) للبدل ( من المتصدق ، فإن ) اختار الأجر فذاك ، (وإن اختار الأخذ ) من المتصدق ، ( فله ذلك ، والأجر للمتصدق ) عما تصدق به ، وعلم منه : أنه ليس لصاحبه إذا عرف رد ما فعله من كانت بيده مما تقدم، لثبوت الولاية له شرعاً للحاجة ، كمن مات ولا ولي له ولا حاكم ، ( ولو نوى ) الغاصب ونحوه (جحد ما بيده من ذلك ) الغصب أو الأمانة ونحوها في حياة ربه ، ( أو ) نوى جحد (حق عليه في حياة ربه فثوابه له ) أي لربه ، لأن نية جحده قائمة مقام إتلافه إذن ، فكأنه لم ينتقل لورثة ربه بموته ، فكان ثوابه له ، ( وإلا ) ينو جحد ما ذكر في حياة ربه بل بعد موته ، ( فـ ) ـثوابه ( لورثته ) لأنه إنما عدم عليهم ، وعلم من ذلك : أنه يثاب على ما فات عليه قهراً ، مع أنه لم ينوه ، ( ولو ندم ) الغاصب ونحوه على تعديه ، (ورد ما غصبه ) أو سرقة ونحوه ( على الورثة بريء ) الغاصب ونحوه من ( إثمه ) أي المال المغصوب، أو المسروق ونحوه ، لأنه وصل إلى مستحقه ( لا من إثم الغصب ) فلا يبرأ منه ، بل يبقى عليه إثم ما أدخل على قلب مالكه من ألم الغصب ومضرة المنع من ملكه مدة حياته ، فلا يزول إثم ذلك إلا بالتوبة ، هذا معنى كلام ابن عقيل ، وذكر أبو يعلي الصغير : أن بالضمان والقضاء بلا توبة يزول حق الآدمي . ويبقى مجرد حق الله وذكر المجد فيمن أدان على أن يؤديه فعجز : لا يطالب به في الدنيا ولا في الآخرة . وقال أبو يعلي الصغير بما يقتضي أنه محل وفاق ، ( ولو رده ) أي المال المغصوب ونحوه ( وارث الغاصب ) أو السارق ونحوه ( فللمغصوب منه ) أو المسروق منه ونحوه (مطالبته) أي الغاصب أو السارق ونحوه ( في الآخرة نصاً ) لأن المظالم لو انتقلت لما استقر لمظلوم حق في الآخرة .



## فصل فيما يضمن به المال من غير غصب

( ومن أتلف ) من مكلف وغيره إن لم يدفعه إليه ربه ، ( ولو ) كان الإتلاف ( خطأ أو سهواً مالاً محترماً لغيره بغير إذنه ) أي المالك ( ضمنه ) أي ضمن المتلف ما أتلفه لأنه فوته عليه ، فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده ، واحترز بالمال عن الكلب

والسرجين النجس ونحوهما ( سوى إتلاف حربي مال مسلم ) وعكسه ، وعادل مال باغ وعكسه ، حال الحرب ، فلا يضمنه المتلف ، ويأتي ( وغير المحترم ، كمال حربي وصائل ورقيق حال قطعه الطريق ونحوهم ) كآلات لهو ، وآنية خمر ، وآنية ذهب ، وفضة ، وصليب وصنم ونحوها ( لا يضمنه ) متلفه لعدم احترامه ، ويأتي ( وإن أكره ) إنسان (على إتلافه) أي المال المضمون ( ضمنه مكرهه ) ولو كان مال المكره ، لأن الإتلاف من المكره ، وأما المكره فهو كالآلة ، ( ومن أغرى ظالماً بأخذ مال إنسان ودله عليه ) أي على الإنسان أو ماله ( ضمنه ) المغري لتسببه ( أفتى به ابن الزريراني ) ، ولعله جواب سؤال ، فلا يحتج بمفهومه وأنه يكتفي بالإغراء ، أو الدلالة ، لأنه يصدق عليه أنه تسبب في ظلمه فهو كالذي بعده ، ( وإن غرم ) إنسان ( بسبب كذب عليه عند ولي الأمر ، فله) أي الغارم ( تغريم الكاذب ) لتسببه في ظلمه ، وله الرجوع على الآخذ منه لأنه المباشر ، ( وتقدم ) ذلك ( في الحجر ) وتقدمت له نظائر أيضاً ، ومثله من شكى إنساناً ظلماً ، فأغرمه شيئاً لحاكم سياسي ، كما أفتى به قاضي القضاة الشهاب بن النجار ، ولم يزل مشايخنا يفتون به ، بل لو غرمه شيئاً لقاض ظلماً كان الرجوع به عليه، كما يعلم مما تقدم في الحجر فيما غرمه رب الدين بمطل المدين ونحوه ، لأنه بسببه، ( وإن أذن رب المال في إتلافه ) أو دفعه إلى محجور عليه لحظه ، ( فأتلفه لم يضمن المتلف ) ما أتلفه لتسليط ربه له عليه .

( وإن فتح ) إنسان ( قفصاً عن طائر ) مملوك محترم ، أو فتح إصطبل حيوان محترم، ( أو حل ) إنسان ( قيد عبده ، أو ) حل قيد ( أسير ، أو دفع لأحدهما ) أي العبد أو الأسير ( مبرداً فبرده ) أي القيد ، ( فذهبوا ) أي الطائر والعبد والأسير ، ضمن الفاتح، والحال ، ودافع المبرد ، لتسببه في الضياع ، ( أو حل ) إنسان ( رباط سفينة فغرقت بعصوف ريح أو لا ) ضمن ( أو فتح إصطبلاً ) بقطع الهمزة ( فضاعت الدابة ، أو حل رباط فرس ) ففاتت ضمنها ، ( أو ) حل ( وكاء ) - بكسر الواو - وهو الحبل الذي يربط به نحو القربة ( زق ) بكسر الزاي أي ظرف ( مائع ) فاندفق ، ( أو ) حل وكاء زق ( جامد فأذابته الشمس ) فاندفق ضمنه ، فإن قرب إليه شخص ناراً فذاب بها ، فقياس مذهبنا : يضمنه بقرب النار كالدافع مع الحافر ، قاله المجد .

( أو بقي ) الزق ( بعد حله قاعداً فألقته ريح ، أو ) ألقته ( زلزلة فاندفق فخرج ) ما فيه ( كله في الحال ، أو ) خرج ( قليلاً قليلاً، أو خرج منه شيء بل أسفله ) أي الزق (فسقط ) فاندفق ( أو ثقل أحد جانبيه ) أي الزق بعد حل وكائه ، ( فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط ، ضمنه ) أي ضمن المتسبب في جميع ما ذكر ما تلف بسبب تعديه ،

سواء ( تعقب ذلك فعله، أو تراخى عنه ) ، وسواء ( هاج الطائر، أو الدابة حتى ذهبا أو لا ) لأنه تلف بسبب فعله ، فلزمه ضمانه ، وكمن قطع علاقة قنديل فسقط فانكسر . قال في الفنون : إلا ما كان من الطيور يألف الرواح ، ويعتاد العود ، فلا ضمان في إطلاقه إتلافاً ، ( ومثله لو أزال يد إنسان عن عبد ، أو ) عن حيوان ( فهرب إذا كان الحيوان مما يذهب بزوال اليد ) عنه ، ( كالطير، والبهائم الوحشية، والبعير الشارد، والعبد الآبق ) فيضمنه من أزال يد ربه عنه لتسببه في فواته ، ( أو نفر الدابة بأن صرخ فيها حتى شردت وإن لم يعلم ذلك ) أي أنها تنفر بصياحه ، فيضمنها ، لأن الإتلاف يستوي فيه العمد والخطأ ، ( وكذا لو أزال يده الحافظة ) لمتاعه ( حتى نهبه الناس ، أو ) حتى ( الدواب أفسدته ، أو ) أفسدته ( النار ، أو ) أفسده ( الماء ) فيضمه ( بأن فتح بابه ) تعدياً ، ( فيجيء غيره فينهب المال ، أو يسرقه ) ، أو يفسده بحرق ، أو غرق ، فلرب المال تضمين فاتح الباب لتسببه في الإضاعة ، ( والقرار على الآخذ ) لمباشرته ، فإن ضمنه رب المال لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الفاتح رجع على ( الآخذ ولو ضرب ) إنسان ( يد آخر ، وفيها ) أي اليد ( دينار فضاع ) الدينار ( ضمنه ) الضارب لتسببه في إضاعة ، ( ولو خاصمه فأسقط عمامته عن رأسه بيده ، أو هزه حتى سقطت ) عمامته عن رأسه ، ( فتلفت ) لوقوعها في نار ونحوها ، ( أو ) سقطت ( في زحام ) بسبب هزه ونحوه ، ( فضاعت ضمنها ) الذي سقطت بفعله لتعديه .

قلت : فإن وقعت في نحو قذر ينقصها ، فعليه أرش النقص ، ( ولو أقام عموداً ) ونحوه ( بجداره المائل ) يمنعه من السقوط ، ( فجاء آخر ورفع العمود ) أو نحوه تعدياً ، ( فسقط الجدار في الحال ضمنه ) الرافع للعمود ونحوه لتعديه ، ( وإن وقع طائر إنسان على جدار فنفره آخر ) صاحب الجدار أو غيره ، ( فطار يضمنه المنفر لأن تنفيره لم يكن سبب فواته ، فإنه كان ممتنعاً قبل ذلك ) ، وإن رماه إنسان ، ( فقتله ضمنه ) الرامي ، (وإن كان ) في داره لأنه كان يمكن تنفيره بغير قتله ، ( وإن قتله ) أي الطائر ، ( وهو مار في هواء داره، أو ) وهو مار في ( هواء دار غيره ضمنه ) لأنه لا يمكن منع الطائر من الهواء ، ( ولو كانت الدابة المحلولة عقوراً وجنت ) بعد حلها، أو فتح اصطبلها ونحوه ، ( ضمن ) الحال ونحوه ( جنايتها ) لأنه السبب فيها ، ( كما لو حل سلسلة فهد، أو ساجور كلب فعقرا ) فالضمان على الحال ، لتسببه . والساجور : خشبة تجعل في عنق الكلب ، ( وإن أفسدت ) الدابة المحلولة ( زرع إنسان فكإفساد دابة نفسه ) زرع غيره (على ما سيأتي ) تفصيله في جنايات البهائم ، ( ولو فتح ) إنسان ( بَثقا ) - بتقديم الموحدة - وهو الجسر الذي يحبس الماء، ( فأفسد بمائه زرعاً، أو بنياناً ). قلت : أو غراساً (ضمن )

فاتح البثق ما تلف بسببه . قلت : وعلى قياسه : لو فات به ري شيء من الأرض التي كانت تروى بسبب سده ، فيضمن فاتحه خراجه ، وعلى قياسه : لو فرط من يلي سد البثق فيه فأزاله الماء عند علوه وأتلف شيئاً أو فات به ري شيء من الأراضي ، ( كما لو أطل دابة رموحاً من شكال ، أي تضرب برجلها ) بيان للرموح ، فيضمن من أطلقها ما تلف بها ، ( وإن رمي ) أي ألقي ( الزق الذي بقي بعد حل وكائه قاعداً إنسان آخر اختص الضمان به ) أي بالملقي للزق لأنه باشر الإتلاف ، ( وإن بقي الطائر ) بعد فتح قفصه ، ( و ) بقي ( الفرس ) بعد حل قيده ، أو فتح اصطبله ( بحالهما فنفرهما آخر ضمنهما المنفر ) وحده ، لأن سببه أخص ، فاختص الضمان به كدافع الواقع في البئر مع حافرها ، وكذا لو حل إنسان حيواناً وحرضه آخر فجني ، فإن ضمان جنايته على المحرض .

( وإن أتلف وثيقة لا يثبت ) المال ( إلا بها ) وتعذر ثبوته ( ضمنه ) متلفها ، لأنه تسبب في إضاعته ( لا إن دفع ) إنسان ( مفتاحاً إلى لص ) فسرق اللص ما في الدار المدفوع مفتاحها إليه ، فالضمان على اللص دون الدافع ، لأن اللص مباشر والدافع متسبب ، وإحالة الحكم على المباشر أو لأمن المتسبب ، ( ولو حبس مالك دواب فتلفت) الدواب بسبب حبسه ( لم يضمن ) حابس الدواب . قال في المبدع : وينبغي أن يفرق بين الحبس بحق أو غيره ، ( وإن ربط دابة ) في طريق ولو واسعاً ، ( أو أوقفها في طريق ولو ) كان الطريق ( واسعاً ويده عليها ) بأن كان راكباً أو نحوه ، ( فأتلفت ) الدابة ( شيئاً ) ضمنه من ربطها أو أوقفها ، ( أو جنت ) الدابة ( بيد ، أو رجل ، أو فم ) ضمن رابطها وموقفها ، لحديث النعمان بن بشير مرفوعاً : « مَنْ أَوْقَفَ دَابَّةً فِي سَبِيلٍ مِنْ سُبُلِ المُسْلِمِينَ أَوْ فِي سُوقٍ مِنْ أَسْوَاقِهِمْ فَأَوْطَأَتْ بِيَدٍ أَوْ رِجْلٍ فَهُوَ ضَامِنٌ »[1] رواه الدارقطني ، ولأن طبع الدابة الجناية بفمها أو رجلها ، فإيقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه . وظاهره : لا يضمن جناية ذنبها ( أو ترك ) أي ألقى ( في الطريق طيناً ، أو قشر بطيخ ، أو رش فيه ماء فزلق به إنسان ) ضمنه ملقي الطين أو القشر أو الراش، لكن لو كان الراش لتسكين الغبار على المعتاد فلا ضمان ، على ما يأتي في الجنايات .

( أو ) ألقى ( خشبة، أو عموداً، أو حجراً ) في الطريق لا في نحو مطر ليمشي عليه الناس ، ( أو كيس دراهم، أو أسند خشبه إلى حائط ) وظاهره : ولو مال إلى السقوط،

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطني في السنن : ١٧٩/٣ ، كتاب الحدود والديات وغيره (ص١٧٩) .

( فتلف به ) أي بواحد من المذكورات ( شيء ) من آدمي أو دابة أو غيرهما ( ضمن ) الملقي لذلك ( ما أتلفه أو تلف به ) لحصول التلف بتعديه ، ( ومن ضرب دابة مربوطة في طريق ضيق فرفسته فمات ، ضمنه صاحبها ، ذكره ) ابن عقيل ( في الفنون ) وظاهره : لو كانت واسعة لا ضمان لعدم حاجته إلى ضربها ، فهو الجاني على نفسه ، ( وإن اقتنى كلباً عقوراً بأن يكون له ) أى الكلب ( عادة بذلك ) العقر ، ( أو ) اقتنى كلباً ( لا يقتني ) بأن لا يكون كلب صيد ولا زرع ولا ماشية ، ( أو ) اقتنى كلباً (أسود بهيماً ، أو ) اقتنى ( كبشاً معلما النطاح ، أو ) اقتنى ( أسداً أو نمراً أو نحوهما من السباع المتوحشة فعقرت، أو خرقت ثوباً ) بمنزله، أو خارجه ضمنه مقتنيها ، لأنه متعد باقتنائه ، ( أو ) اقتنى ( هراً تأكل الطيور وتقلب القدور في العادة مع علمه ) بحالها (بأن تقدم للهر عادة بذلك ) المذكور من أكل الطيور وقلب القدور ( ضمن ) لتعديه باقتنائها إذن ، ( فإن لم يكن له ) أي الهر ( عادة بذلك لم يضمن صاحبه ) ما أتلفه عدوانه باقتنائه مالاً عاد له بذلك ، ( كالكلب الذي ليس بعقور ) إذا اقتناه لنحو صيد ولم يكن أسود بهيماً ، فإن صاحبه لا يضمن جنايته ، ( ولا فرق ) في ضمان إتلاف ما لا يجوز اقتناؤه مما تقدم ( بين ) الإتلاف في ( الليل والنهار ) لأنه للعدوان بخلاف البهائم من إبل وبقر وغنم ونحوها ( إلا أن يكون ) المخروق ثوبه أو نحوه ( دخل منزله بغير إذنه ، أو) دخل ( بإذنه ونبهه ) رب المنزل ( أنه ) أي الكلب ونحوه ( عقور أو غير موثوق ) فلا يضمن رب المنزل ، لأنه إذا دخل بغير إذنه فهو المتعدي بالدخول وإن كان بإذنه ونبهه على أنه عقور أو غير موثوق ، فقد أدخل الضرر على نفسه على بصيرة ، ( ولا يضمن ) مقتنى المذكورات من الكلب العقور ونحوه ( ما أفسدت بغير ذلك ) المذكور من عقر أو خرق ثوب بأن أفسدت ( ببول أو ولوغ ) في إناء ، لأن هذا لا يختص بالكلب العقور ، ( وله قتل هر بـ ) ـسبب ( أكل لحم ونحوه كالفواسق ) وسائر ما فيه أذى دفعاً لأذاه ، (وقيده ابن عقيل ، ونصره الحارثي حين أكلها ) اللحم ونحوه ( فقط ) إلحاقاً لها بالصائل ، ( ولو حصل عنده كلب عقور ، أو سنور ضار ) أي له عادة بأكل الطيور وقلب القدور ( من غير اقتناء ، و ) من غير ( اختيار فأفسد ) شيئاً ( لم يضمن ) ما أفسده ، لأنه لا تعدى منه ولا تسبب ، إذ لم يقتنه ، ( وإن اقتني حماماً أو غيره من الطير ، فأرسله نهاراً فلقط حباً ) للغير ( ضمن ) المقتني ، خرجه في الآداب على مسألة الكلب العقور ، وإن قلنا يحرم الاقتناء ، وإلا ففيه نظر ، وبعد الجزم بعدم الضمان . وفي المغني : لا ضمان ، وكذا نقله في الإنصاف عن الحارثي ، واقتصر عليه .

★ ★ ★

## فصـل

وإن أجج ناراً في موات، أو أججها في ملكه بأن أوقد النار حتى صارت تلتهب في داره أو على سطحه ، ( أو سقي أرضه ) لشجر ، أو زرع بها ، أو ليزرعها ، ( فتعدى ) ما ذكر من النار والماء ( إلى ملك غيره فأتلفه ) أي أتلف المتعدي من النار، أو الماء ملك غيره ( لم يضمن ) الفاعل ، لأن ذلك ليس من فعله، ولا تعديه، ولا تفريطه، وسئل أحمد: أوقد ناراً في السفينة ؟ فقال : لا بد له من أن يطبخ ، وكأنه لم يرد عليه ( إذا كان ) التأجيج أو السقي ( ما ) أي شيئاً ( جرت به العادة بلا إفراط ولا تفريط ، فإن فرط ) بأن ترك النار مؤججة والماء مفتوحاً ، ونام فحصل التلف بذلك وهو نائم ضمن لتفريطه، ( أو فرط بأن أجج ناراً تسري في العادة لكثرتها ، أو ) أججها ( في ريح شديدة تحملها) إلى ملك غيره ، ضمن لتعديه ، وكذا لو أججها قرب زرب أو حصيد ، ذكره الحارثي ، و( لا ) يضمن إن تعدت ( بطريانها ) أي الريح بعد أن لم تكن لعدم تفريطه . قال في عيون المسائل : لو أججها على سطح دار ، فهبت الريح فأطارت الشرر لم يضمن ، لأنه في ملكه ولم يفرط ، وهبوب الريح ليس من فعله ، ( أو فتح ماء كثيراً يتعدى ) عادة (أو فتحه في أرض غيره، أو أوقد ) ناراً ( في ملك غيره ) تعدياً ( فرط ، أو أفرط ) أي أسرف ، ( أو لا ضمن ما تلف به ) لتعديه ، ( وكذلك ) يضمن ( إن أيبست النار ) التي أوقدها ولو في ملكه ( أغصان شجر غيره ) لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة ، (إلا أن تكن الأغصان في هوائه ، فلا يضمن ) لأنه لا يمنع من التصرف في ملكه، وإن ألقت الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه ، لأنه أمانة ) بيده إلى أن يرده لربه ، ( فإن لم يعرف ) صاحب الدار ( صاحبه ) أي الثوب ، ( فهو لقطة ) يعرفه حولاً ، ( وإن عرفه ) أي عرف رب الدار صاحب الثوب ( لزمه إعلامه ) بالثوب فوراً ، ( فإن لم يفعل) أي لم يعلم ربه به مع علمه ( ضمنه ) إن تلف بعد مضي زمن يتأتى فيه إعلامه ، لأنه لم يستحفظه ، ( وإن سقط طائر غيره في داره لم يلزمه ) أي رب الدار ( حفظه ، ولا إعلام صاحبه ) لأنه لم يزل ممتنعاً ( إلا أن يكون ) الطير ( غير ممتنع ) كالمقصوص جناحه ، ( فكالثوب ) إن لم يعرف صاحبه فلقطة ، وإن عرفه أعلمه فوراً وإلا ضمن ، ( وإن دخل ) طير مملوك ( برجه ، فأغلق عليه الباب ) رب البرج ( ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه ) لتعديه ، ( وإلا ) بأن لم يغلق عليه الباب ، أو أغلقه غير ناو إمساكه لنفسه بأن لم يعلم به ، أو نوى إمساكه لربه ، ( فلا ضمان عليه ) لعدم تعديه ، وهو في الأخيرة محسن ، لكن عليه إعلامه فوراً إن علمه كما سبق ، ( وإن حفر في فنائه ) بكسر الفاء،

( وهو ) أي الفناء ( ما كان خارج الدار ) ونحوها ( قريباً منها ) قال في القاموس : فناء الدار ككساء ، ما اتسع من أمامها ، وجمعه أفنية وفني ( بئراً لنفسه ، ولو بإذن الإمام ) ولو بلا ضرر ، لأنه ليس له أن يأذن فيه كما يأتي ، وكذا إن حفر نصف البئر في حده ونصفها في فنائه ، ( وكذا البناء ) في فنائه ( ضمن ما تلف بها ) أي البئر ، وكذا البناء، لأنه تلف حصل بسبب تعديه ، أشبه ما لو نصب في فنائه سكيناً فتلف به شيء، إذ الأفنية ليست بملك ملاك الدور ، وإنما هي من مرافقهم ، ( ولو حفر ) أي البئر في الفناء ( الحر بأجرة أو لا ، وثبت علمه أنها في ملك غيره ) أي الآذن ، ( ضمن الحافر) ما تلف بها ، لأنه هو المتعدي ، ( وإن جهل ) الحافر أنها ملك الغير ضمن (الآمر ) لتغريره الحافر وكذا لو جهل الباني ، فلو ادعى الآمر علم الحافر أو الباني بالحال وأنكراه فقولهما ، لأن الأصل عدمه ، ( وإن حفرها ) أي البئر في سابلة واسعة لنفع المسلمين بلا ضرر ، ( أو بني مسجداً ، أو خاناً ونحوه ) كبناء وقفه على مسجد ، ذكره الشيخ تقي الدين ، ونقله عنه ابن رجب في القواعد ( في سابلة ) أي طريق مسلوك (واسعة لنفع المسلمين ) كما لو حفرها ليجتمع فيه ماء المطر ، أو ينبع منها الماء ليشرب المارة (بلا ضرر بالمارة ) لأن فعل ذلك ( لنفع نفسه ، ولو بغير إذن إمام ، لم يضمن ما تلف بها ) لأنه محسن ، ( كبناء جسر ) - بفتح الجيم وكسرها - وهو القنطرة ليمر عليه الناس، ( وكذا لو حفرها ) أي البئر ( في موات لتملك ، أو ارتفاق ، أو انتفاع عام ) لأنه مأذون فيه شرعاً ، ( وينبغي ) لمن حفر بئراً بالطريق الواسع أو الموات ( أن يجعل عليها حاجزاً تعلم به لتتوقى . قال الشيخ : ومن لم يسد بئره مسداً يمنع من الضرر ضمن ما تلف بها ، وإن فعله ) أي ما ذكر من حفر البئر وبناء المسجد أو الخان ونحوه (فيها) أي في الطريق ( لنفع نفسه ، أو كان يضر بالمارة ) بأن حفر البئر في القارعة ، (أو) فعله ( في طريق ضيق ضمن ، سواء فعله لمصلحة عامة أو لا ، بإذن الإمام أو لا ، لأنه ليس له أن يأذن فيه ) لما فيها من الضرر ، ولو مات الحافر ثم تلف بها شيء من تركته ، صرح به القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول في باب الرهن ، حتى قالا: لو بيعت التركة لفسخ في قدر الضمان منها ، لسبق سببه ، ولو كانت التركة عبداً فأعتقه الورثة قبل الوقوع ضمنوا قيمة العبد كالمرهون ، صرح به القاضي في الخلاف ، ذكره ابن رجب .

( وفعل عبده ) لما ذكر من الحفر، والبناء بالفناء، والطريق الواسع، أو الضيق (بأمره) أي السيد ( كفعل نفسه ) لأن العبد كالآلة ، وسواء ( أعتقه ) سيده ( بعد ذلك أو لا ) اعتباراً بحال الفعل ، فيختص الضمان بالسيد ، ( و ) إن فعله العبد ( بغير إذنه ) أي

السيد ( يتعلق ضمانه ) أي ضمان ما يتلف ( برقبته ) كسائر جناياته التي لم يأذن فيها سيده ، ( ثم إن أعتقه ) السيد بعد الحفر أو البناء بغير إذنه ، ثم تلف شيء بسبب ذلك، ( فما تلف بعد عتقه ، فعليه ) أي العتيق ( ضمانه ) دون سيده ، لاستقلاله بالجناية ، (ولو أمره ) أي الحافر أو الباني ( السلطان بفعل ذلك ) أي بالحفر أو البناء ( ضمن السلطان وحده ) وظاهره : سواء علم أن الأرض ملك لغير السلطان أو لا ، لأنه لا تسعه مخالفته ، أشبه ما لو أكره على ذلك .

( وإن فعل ) إنسان في طريق ( ما تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها ، كإزالة الطين والماء عنها ، وتنقيتها مما يضر فيها ) كقشر بطيخ ( وحفر هدفة ) أي ربوة عالية (فيها) أي الطريق ، بحيث تساوي غيرها ، ( وقلع حجر ) في الأرض ( يضر بالمارة ، ووضع الحصى في حفرة فيها ) أي في الأرض ( ليملأها ، وتسقيف ساقية فيها ، ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليه ، فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به ) لأنه إحسان ومعروف ، ( وإن بسط في مسجد حصيراً ، أو بارية ) وهي الحصير ، كما في القاموس لكن في عرف الشام ما ينسج من قصب ، ولعله المراد هنا ليحصل التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه ، ( أو ) بسط في المسجد ( بساطاً ، أو علق فيه قنديلاً ، أو أوقده ، أو نصب فيه ) أى المسجد ( باباً أو عمداً ، أو بني جداراً ) يحتاج إليه المسجد ( أو سقفه ، أو جعل فيه رفاً ونحوه لنفع الناس ، أو وضع فيه حصى ، لم يضمن ما تلف به ) لأنه محسن .

( وإن جلس ) في مسجد ، أو طريق واسع ( أو اضطجع ) في مسجد ، أو طريق واسع (أو قام في مسجد ، أو طريق واسع فعثر به حيوان ) فتلف أو نقص ( لم يضمن ) تلفه ولا نقصه لأنه فعل مباحاً لم يتعد به على أحد في مكان له فيه حق ، أشبه ما لو فعله بملكه . ويضمن إن كان الفعل محرماً ، كالجلوس مع الحيض في المسجد ، أو مع إضرار المارة في الطريق ، قاله في شرح المنتهى .

ومقتضى كلام الحارثي : لا ضمان أيضاً ، لأن المنع لا لذات الجلوس ، بل لمعنى قارنه ، وهو الجنابة أو الحيض ، فأشبه من جلس بملكه بعد نداء الجمعة ، ( ويضمن إن جلس، أو اضجع، أو قام ( في طريق ضيق ) لإضراره بالمارة ، ( ويأتي في الديات ) وإن أحدث بركة للماء ، أو كنيفاً ، أو مستحماً فنزّ إلى جدار جاره فأوهاه وهدمه ضمنه، لأن هذه الأسباب تتعدى ، ذكره في الفصول والتلخيص ، قالا : وللجار منعه من ذلك، إلا أن يبني حاجزاً محكماً يمنع النز . زاد ابن عقيل : أو يبعد بحيث لا يتعدى النز إلى جدار جاره ، وقال أيضاً : الدق الذي يهد الجدار مضمون السراية ، لأنه عدوان محض ،

( وإن أخرج ) إنسان ( جناحاً ) وهو الروشن ( أو ميزاباً ونحوه ) كساباط وحجر برز به، في البنيان ( إلى طريق نافذ ) مطلقاً إلا بإذن إمام ، أو نائبه في جناح ، أو ساباط، أو ميزاب بلا ضرر ، ( أو ) أخرج ما ذكر في درب ( غير نافذ بغير إذن أهله ، فسقط على شيء فأتلفه ، ضمن ، ولو ) كان سقوطه ( بعد بيعه ، وقد طولب بنقصه لحصوله) أي التلف ( بفعله ) أي بسبب فعله الذي تعدى به . ومفهومه : أنه إذا سقط بعد البيع ولم يكن طولب بنقضه لا يضمن ( ما لم يأذن فيه ) أي الجناح والميزاب والساباط ( إلى الطريق النافذ فقط إمام أو نائبه ، ولم يكن منه ضرر ) على المارة بإخراجه فلا ضمان ، لأن النافذ حق للمسلمين ، والإمام وكيلهم ، فإذنه كإذنهم ، أشبه ما لو أذن أهل غير النافذ له في ذلك .

( وإن مال حائطه ) بعد أن بناه مستقيماً ( إلى غير ملكه ) سواء كان مختصاً كهواء جاره ، أو مشتركاً كالطريق ( علم به ) أي بميلان حائطه ، ( أو لا ، فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً ، لم يضمنه ) ولو أمكنه نقضه وطولب به لعدم تعديه بذلك ، لأنه بناه في ملكه ، ولم يسقط بفعله ، فهو ( كما لو سقط من غير ميلان ، وعنه إن طولب ) أي طالبه مستحق ( بنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ) مع إمكانه ( ضمن ، واختاره جماعة ) لأن ترك الهدم مع المطالبة تفريط .

وأجيب عن ذلك بأنه لو وجب بسقوطه ضمان لم تشترط المطالبة بنقضه ، كما لو بناه ابتداء مائلاً إلى ملك غيره ، فإن عليه ضمان ما يتلف به ولو لم يطالب بنقضه . (قال الموفق والشارح : والتفريع عليه ) أي ما ذكر من الرواية الثانية ، ( والمطالبة : من كل مسلم أو ذمي إذا كان ميله إلى الطريق ) لأن الحق فيها لعامة الناس ، ( كما لو مال إلى ملك جماعة فطالب واحد منهم ، ولكل منهم المطالبة ) بالنقض ، لأن له حقاً فيه ، ( وإن طالب واحد ) ممن لهم الحق ( فاستأجله ) أي استمهله ( صاحب الحائط، أو أجله الإمام لم يسقط عنه الضمان ) بذلك لوجوبه عليه على الفور مع الإمكان ، كما تقدم ، فإن كان الإمهال بقدر الحاجة إلى تحصيل الآلات فلا ضمان لانتفاء التفريط ، ذكره الحارثي ، ( ولا أثر لمطالبة ) المستحق ( لمستأجر الدار ومستعيرها ، ومستودعها ، ومرتهنها ) لأنهم لا يملكون النقض ، ولا ولاية لهم على المالك ، وإن كان المالك محجوراً عليه لسفه ونحوه فطولب ، لم يلزمه لعدم أهليته ، وإن طولب وليه أو الوصي فلم يفعل ضمن المالك ، قاله في المجرد ، والمغني ، والشرح ، والحارثي والمبدع وغيرهم، ونقله في الفروع عن المنتخب .

وقال ابن عقيل : الضمان على الولي . قال الحارثي : وهو الحق لوجود التفريط منه، وهو توجيه لصاحب الفروع ، ( ولا ضمان عليهم ) لأنه لا أثر لطلبهم ، ( وإن بناه ) أي الحائط ( مائلاً إلى ملك غيره بإذنه ، أو ) بناه مائلاً ( إلى ملك نفسه ) لم يضمن لعدم تعديه ، ( أو مال ) الحائط ( إليه ) أي إلى ملك ربه ( بعد البناء لم يضمن ) ربه ما تلف به ، ( وإن بناه ) أي الحائط ( مائلاً إلى الطريق ) ضمن ما تلف به ، ( أو ) بناه مائلاً ( إلى ملك الغير بغير إذنه ضمن ما تلف به ، ولو لم يطالب بنقضه ) لتسببه ( وإن تقدم إلى صاحب الحائط المائل ) أي طولب ( بنقضه فباعه مائلاً ، فسقط على شيء فتلف به ، فلا ضمان على بائع ) فيما تلف ، لأن الحائط ليس ملكه حال السقوط، فزال تمكنه من هدمه ، فلا تفريط منه . قال ابن عقيل : إن لم يكن حيلة على الفرار من نقضه فيضمن .

( ولا ) ضمان ( على مشتر ، لأنه لم يطالب بنقضه ، وكذلك إن وهبه ) أي الحائط المائل بعد الطلب ، ( وأقبضه ) ثم سقط فأتلف شيئاً لم يضمنه الواهب ، لأنه ليس ملكه ، ولا المتهب لأنه لم يطالب ، وكذا لو صالح به أو جعله صداقاً ، أو عوضاً في خلع، أو طلاق، أو عتق ونحوه ما ينقل الملك ، ( وحيث وجب الضمان ) فيما تلف (والتالف آدمي فالدية على عاقلته ) أي عاقلة رب الحائط ، لأنها تحمل دية قتل الخطأ وشبه العمد ، ( فإن أنكرت العاقلة كون الحائط لصاحبهم ) الذي يعقلون عنه ، (وأنكروا ) أي العاقلة ( مطالبته بنقضه ) حيث اعتبرت، أو أنكر وأتلف الآدمي بالجدار (لم يلزمهم ) شيء ( إلا أن يثبت ) بينة ، لأن الأصل عدم الوجوب ، وإن أبرأه من مال الحائط إلى ملكه والحق له فلا ضمان ، ( وإن تشقق الحائط عرضاً فكميله ) فلا ضمان إن لم يطالب بنقضه ، وكذا إن طولب على المذهب ، وعلى الرواية الثانية يضمن إذا طولب وأشهد عليه ، ( لا ) إن تشقق الحائط ( طولاً ) وهو مستقيم ، فإنه لا أثر له، لأنه لا ضرر فيه .

★ ★ ★

## ( فصل في جناية البهائم )

( وما أتلفته البهيمة ) آدمياً كان أو مالاً ، ( ولو صيد حرم فلا ضمان على صاحبه ) فيه ، لقوله ﷺ : « الْعَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ »[1] متفق عليه ، أي هدر ( إذا لم تكن يده

---

(١) الحديث متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ، أخرجه البخاري في كتاب الزكاة ، باب في الركاز الخمس ، وأخرجه مسلم في كتاب الحدود ، باب جرح العجماء ، قال القاري في المرقاة : « العجماء : أي البهيمة ، وجُبار - بضم الجيم - : أي هدر » .

عليها ) فإن كانت ضمن ويأتي ( إلا الضاربة ) أي المعتادة بالجناية من البهائم والجوارح وشبهها . قال الشيخ تقي الدين فيمن أمر رجلاً بإمساكها : ضمنه إذا لم يعلمه بها ، (ومن أطلق كلباً عقوراً، أو دابة رفوساً، أو عضوضاً على الناس في طرقهم ومصاطبهم ورحابهم ، فأتلف مالاً أو نفساً ضمن لتفريطه ، وكذا إن كان له طائر جارح كالصقر والبازي ، فأفسد طيور الناس وحيواناتهم ، قاله ) ابن عقيل ( في الفصول ) قال في المبدع : وظاهر كلامهم ، أي عدم الضمان في غير الضاربة إذا لم تكن يده عليها ولو كانت مغصوبة ، لأنه لا تفريط من المالك ولا ذمة لها فيتعلق بها ، ولا قصد يتعلق برقبتها بخلاف العبد والطفل . انتهى ، وهو معنى ما قدمه في الفروع ، قال : وهذا فيه نظر ، وحكى عن ابن عقيل ما يقتضي الضمان ، ( وإن كانت البهيمة في يد إنسان كالسائق ) المتصرف فيها ، ( والقائد ) المتصرف فيها ، ( والراكب المتصرف فيها سواء كان ) كل من السائق والقائد والراكب المتصرف فيها مالكاً، أو غاصباً، أو أجيراً، أو مستأجراً، أو مستعيراً، أو موصى له بالمنفعة ) أو مرتهناً ( ضمن ما جنت يدها أو فمها ) أي جناية يدها أو فمها ، ( أو وطئها برجلها لا ما نفحت بها ) أي برجلها ، لما روى سعيد مرفوعاً : « الرِّجْلُ جِبَارٌ » . وفي رواية أبي هريرة : « رِجْلُ الْعجْمَاءِ جَبَارٌ » ، فدل على وجوب الضمان في جناية غيرها ، وخصص بالنفح دون الوطء لأن من بيده الدابة يمكنه أن يجنبها وطء ما لا يريد أن تطأه بتصرفه فيها ، بخلاف نفحها ، فإنه لا يمكنه أن يمنعها منه ، وحيث وجب الضمان وكان المجني عليه مما تحمله العاقلة ، فهي عليها ، كما صرح به المجد في شرحه بما يقتضي أنه محل وفاق ، ومحل عدم ضمان ما نفحت برجلها ( ما لم يكبحها ) أي يجذبها باللجام ( زيادة على العادة أو يضربها في وجهها ) فيضمن لتسببه في جنايتها ، ( ولو ) فعل ذلك ( لمصلحة ) تدعو إليه ، ( ولا يضمن ) الراكب ونحوه ( ما جنت ) الدابة ( بذنبها ) لأنه لا يمكن التحفظ منه ، (ويضمن) أيضاً الراكب ونحوه ( ما جني ولدها ) ولو لم يفرط ، لأنه تبعها ، وظاهره: سواء جني بيده، أو فمه، أو رجله، أو ذنبه ، ولو قيل : يضمن منه ما يضمن منها فقط لكان له وجه .

( ومن نفرها ) أي البهيمة ( أو نخسها ضمن وحده ) لأنه المتسبب في جنايتها (دونهم) أي دون الراكب والسائق والقائد ، ( فإن جنت ) البهيمة ( عليه ) أي على من نفرها، أو نخسها ، ( فـ ) الجناية ( هدر ) لأنه السبب في الجناية على نفسه ، ( وإن ركبها اثنان ) وجنت جناية مضمونة ( ضمن الأول منهما ) أي الراكبين ، لأنه المتصرف فيها ، والقادر على كفها ، ( إلا أن يكون ) الأول ( صغيراً ، أو مريضاً ونحوهما )

كالأعمى ، ( والثاني متولي تدبيرها ، فعليه ) أي الثاني ( الضمان ) وحده ، لكونه المتصرف فيها ، ( وإن اشتركا ) أي الراكبان ( في التصرف ) في البهيمة ( اشتركا في الضمان ) أي ضمان جنايتها المضمونة لاشتراكهما في التصرف ، ( وكذا لو كان معها ) أي البهيمة ( سائق وقائد ) وجنت جناية تضمن ، فالضمان عليهما ، ( وإن كان معهما) أي السائق والقائد راكب ، ( أو ) كان ( مع أحدهما راكب شاركهما ) أي شارك الراكب السائق والقائد ، أو أحدهما في ضمان جنايتها لاشتراكهم في التصرف ، لأن كلا منهم لو انفرد مع الدابة انفرد بالضمان ، فإذا اجتمع مع غيره منهم شاركه في الضمان ، وعلم مما تقدم ، أنه لو اجتمع الثلاثة أو اثنان منهم ، لكن انفرد واحد بالتصرف اختص بالضمان ، ( والإبل والبغال المقطرة ، كـ ) البهيمة ( الواحدة على قائدها الضمان ) لما جنت كل واحدة من القطار ، لأن الجميع إنما تسير بسير الأول وتقف بوقوفه وتطأ بوطئه، وبذلك يمكنه حفظ الجميع عن الجناية ، ( وإن كان معه ) أي القائد ( سائق شاركه ) أي شارك السائق القائد ( في ضمان الأخير فقط إن كان ) السائق ( في آخرها ) لأنهما اشتركا في التصرف الأخير ، ولا يشارك السائق القائد فيما قبل الأخير لأنه ليس سائقاً له ولا تابعاً لما يسوقه ، ( وإن كان ) السائق ( في أولها ) أي أول المقطرة (شارك) السائق القائد ( في ) ضمان جناية ( الكل ) لأنه لو انفرد بذلك لضمن جناية الجميع ، لأن ما بعد الأول تابع له سائر بسيره ، فإذا كان معه غيره وجب أن يشاركه في ذلك ، ( وإن كان ) السائق ( فيما عدا الأول ) من المقطرة ( شارك ) السائق القائد ( في ضمان ما باشر سوقه ، وفي ) ضمان ( ما بعده ) أي بعد الذي باشر سوقه ، لأنه تابع له (دون) ضمان ( ما قبله ) أي قبل الذي باشر سوقه فيختص به القائد ولا يشاركه فيه السائق ، لأنه ليس سائقاً له ولا تابعاً لما يسوقه ، ( وإن انفرد راكب بالقطار ، وكان ) الراكب ( على أوله ضمن ) الراكب ( جناية الجميع ، قاله الحارثي ) لأن ما بعد الراكب إنما يسير بسيره ويطأ بوطئه ، فأمكن حفظه عن الجناية ، فضمن كالمقطور على ما تحته .

قلت : فعلى هذا إن كان معه سائق فعلى ما سبق من التفصيل إذا كان سائق وقائد ، وإن كان المنفرد بالقطار راكباً أو سائقاً على غير الأول ضمن جناية ما هو راكب عليه أو سائق له وما بعده دون ما قبله ، ( ولو انفلتت الدابة ممن هي في يده وأفسدت ) شيئاً (فلا ضمان ) على أحد ، لحديث « العَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ » [1] وتقدم ، فلو استقبلها إنسان فردها فقياس قول الأصحاب : الضمان ، قاله الحارثي ، ثم قال : ويحتمل عدم

---

(١) راجع (١) ص (١٩٤١) .

الضمان لعموم الخبر ، ولأن يده ليست عليها . قال : والبهيمة النزقة التي لا تنضبط بكبح ولا نحوه ، ليس له ركوبها بالأسواق ، فإن ركب ضمن لتفريطه ، وكذا الرموح والعضوض ، ( ويضمن رب البهائم ومستعيرها، ومستأجرها، ومستودعها ) ، قلت : وقياسه مرتهن وأجير لحفظها ، وموصي له بنفعها ( ما أفسدت من زرع وشجر وغيرهما) كثوب خرقته، أو مضغته، أو وطئت عليه ونحوه ( ليلاً ) لما روي مالك عن الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة : « أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ دَخَلَتْ حَائِط قَوْمٍ فَأَفْسَدَتْ ، فَقَضَى النَّبِي ﷺ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الأَمْوَالِ حِفْظُهَا بِالنَّهَارِ ، وَمَا أَفْسَدَتْ فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِمْ » [1] . قال ابن عبد البر : هذا وإن كان مرسلاً فهو مشهور ، وحدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول [2] ، ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها نهاراً للرعي وحفظها ليلاً ، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً ، فإذا أفسدت شيئاً ليلاً كان من ضمان من هي بيده (إن فرط ) في حفظها ( مثل ما إذا لم يضمها ونحوه ليلاً، أو ضمها بحيث يمكنها الخروج ، فإن ضمها ) أي ضم البهائم من هي بيده ليلاً ، ( فأخرجها غيره بغير إذنه، أو فتح ) غيره ( عليها بابها ) فأتلفت شيئاً ، ( فالضمان على مخرجها أو فاتح بابها ) لأنه السبب ولا ضمان على من كانت بيده لعدم تفريطه ، ( ولو كان ما أتلفته ) البهائم المعارة ونحوها ليلاً ، ( لربها ضمنه مستعير ونحوه ) كمستأجر ومستودع إن فرط ، ( وإن لم يفرط ربها ونحوه ) كمستأجرها، ومستعيرها بأن ضمها ليلاً بحيث لا يمكنها الخروج فخرجت فأتلفت شيئاً ، ( فلا ضمان ) لعدم تفريطه ، ( ولا يضمن ) ربها ومستعيرها ونحوه ( ما أفسدت من ذلك ) أي من زرع، أو شجر، أو غيرهما ( نهاراً ) للحديث السابق. قال القاضي : هذه المسألة محمولة على المواضع التي فيها مزارع ومراعي ، فأما القرى العامرة التي لا مرعي فيها إلا بين مراحين كساقية وطرق زرع ، فليس له إرسالها بغير حافظ ، فإن فعل لزمه الضمان لتفريطه ، ( وإن كان عليها ) أي البهيمة ( يد ) كقائد ( ضمن صاحب اليد ) ما أفسدت من زرع وشجر وغيرهما ولو نهاراً . ( قال الحارثي : لو جرت عادة بعض ) أهل ( النواحي بربطها نهاراً وإرسالها ) ليلاً ، (وحفظ الزرع ليلاً فالحكم كذلك ) أي إنه يضمن ربها ونحوه ما أفسدت ليلاً إن فرط لا نهاراً ، ( لأن هذا ) العرف ( نادر ، فلا يعتبر به في التخصيص ) أي تخصيص الحديث السابق

---

(١) الحديث أخرجه مالك في الموطأ برواية يحيى في كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري والحريسة ، الحديث (٣٧) .

(٢) راجع الموطأ : ٧٤٨/٢ ، طبع عيسى الحلبي ، وأقول : إن الحديث وإن كان مرسلاً عند مالك فقد أخرجه أبو داود موصولاً في كتاب البيوع ، باب المواشي تفسد زرع قوم .

( ولو ادعى صاحب الزرع أن غنم فلان نفشت ) أي رعت ( فيه ) أي في زرعه ( ليلاً ووجد في الزرع أثر غنم ولم يكن هناك غنم لغيره قضي بالضمان ) على صاحب الغنم، عملاً بالقرينة . وعبارة المنتهي : ومن ادعى أن بهائم فلان ، فلا تختص المسألة بالغنم.

( قال الشيخ ) تقي الدين : ( هذا من القيافة في الأموال وجعلها ) أي القيافة (معتبرة) في الأموال ( كالقيافة في الإنسان ، ويضمن غاصبها ) أي البهائم ( ما أفسدت ليلاً ونهاراً ) فرط أو لم يفرط ، كانت يده عليها أو لا ، لتعديه إمساكها ، ( ومن طرد دابة من مزرعته لم يضمن ) ما أفسدته من مزرعة غيره ( إلا أن يدخلها مزرعة غيره ) فيضمن ما أفسدت منها لتسببه ، ( وإن اتصلت المزارع ) لم يطردها ، لأن ذلك تسليط على زرع غيره ، و( صبر ليرجع على ربها ) بقيمة ما تأكله حيث لا يمكنه منعها إلا بتسليطها على مال غيره ، ( ولو قدر أن يخرجها ) من مزرعته ، ( وله منصرف غير المزارع ) يخرجها منه ، ( فتركها ) في مزرعته ، ( فـ ) ما أفسدت منها ( هدر ) لا ضمان على ربها فيه ، لأن رب الزرع هو المفرط إذن ( والحطب على الدابة إذا خرق ثوب آدمي بصير عاقل يجد منحرفاً ) أي موضعاً يتحول إليه ، ( فـ ) الخرق ( هدر ) لا يضمنه الحطاب لتقصير رب الثوب بعدم الانحراف . قلت : وقياسه لو جرحه ونحوه ، وكالحطب حديد ونحوه .

( وكذا لو كان ) صاحب الثوب ( مستدبراً فصاح به ) حامل الحطب ( منبهاً له ) ووجد منحرفاً ولم ينحرف فخرق ثوبه ، فهدر . قلت : وكالمستدبر الأعمى إذا صاح عليه منبهاً له بالانحراف لموضع يمكنه الانحراف إليه ولم يفعل ، ( وإلا ) بأن لم يجد منحرفاً وهو مستقبل له، أو لم ينبهه وهو مستدبر ( ضمنه ) أي خرق الثوب ( فيهما ) حامل الحطب فيغرم أرشه، ( ومن صال ) أي وثب ( عليه آدمي ) صغير، أو كبير عاقل، أو مجنون ، قاله الحارثي ( أو غيره ) من البهائم والطيور ( فقتله ) المصول عليه (دفعاً عن نفسه لم يضمنه ) إن لم يندفع بغير القتل ، لأنه قتله لدفع شره ، فكأن الصائل قتل نفسه ، ( ولو دفعه ) أي دفع إنسان الصائل ( عن غيره ، غير ولده ) أي القاتل ( ونسائه ) كزوجته ، وأمه ، وأخته ، وعمته ، وخالته ( بالقتل ) متعلق بدفعه ( ضمنه ) قال في القاعدة السابعة والعشرين : لو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمنه ، ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه ، ذكره القاضي . وفي الفتاوي الرجبيات ، عن ابن عقيل وابن الزعفراني: لا ضمان عليه أيضاً . انتهى .

فما ذكره المصنف توسط بين القولين . قال الحارثي : وعن أحمد رواية بالمنع من قتال اللصوص في الفتنة ، فيترتب عليه وجوب الضمان بالقتل لأنه ممنوع منه إذن ، وهذا لا عمل عليه . انتهى .

قال في الإنصاف : أما ورود الرواية بذلك فمسلم ، وأما وجوب الضمان بالقتل ففي النفس منه شيء ، ( ويأتي ) ذلك ( في ) باب ( حد المحاربين ) بأوضح من هذا ، (وإذا عرفت البهيمة بالصول وجب على مالكها ، و ) على ( الإمام و ) على ( غيره ) ممن يقدر على إتلافها ( إتلافها إذا صالت ) وقوله : ( على وجه المعروف ) متعلق بإتلافها ، أي وجب إتلافها على وجه لا تعذيب فيه لها ، لحديث : « إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ »[1] أو أن هذا القتل من المعروف ، فلذلك لم يختص به ربها ، بل خوطب به كل أحد ، لأن الأمر بالمعروف فرض كفاية ، ( ولا تضمن ) البهيمة المعروفة بالصول إذا قتلت حال صولها ، لأنها غير محترمة ، ( كمرتد ) وزان محصن ، ( ولو حالت بهيمة بينه وبين ماله ولم يصل إليه ) أي ماله ( إلا بقتلها فقتلها لم يضمنـ ) ـها لعدم احترامها لصولها، ( وإن اصطدمت سفينتان ) واقفتان ، أو مصعدتان ، أو منحدرتان ، ( فغرقتا ضمن كل واحد منهما ) أي من القيمين ( سفينة الآخر وما فيها ) من نفس ومال ( إن فرط ) لأن التلف حصل بسبب فعليهما ، فوجب على كل منهما ضمان ما تلف بسبب فعله كالفارسين إذا اصطدما .

( وإن لم يفرط ) واحد منهما ( فلا ضمان على واحد منهما ) لعدم مباشرته التلف وتسببه فيه ، ( وإن فرط أحدهما ) دون الآخر ( ضمن ) المفرط ( وحده ) ما تلف بتفريطه لتسببه في إتلافه ، ( و ) إذا اختلفا في التفريط ، فا ( لقول قول القيم ، وهو الملاح مع يمينه في غلبة الريح ) إياه ، ( وعدم التفريط ) لأنه منكر ، والأصل براءته ، (والتفريط أن يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الأخرى ) فلم يفعل ، ( أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى ) لاصدم معها ، ( فلم يفعل ، أو لم يكمل ) القيم ( آلتها من الرجال والحبال وغيرهما ) كالمراسي والأخشاب التي يحتاج إليها في حفظها ، ( ولو تعمدا ) أي القيمان ( الصدم ، فـ ) هما ( شريكان في ) ضمان ( إتلاف كل منهما ) أي من السفينتين، ( و ) في ضمان إتلاف ( من فيهما ) أي السفينتين من الأنفس والأموال، لأنه تلف حصل بفعلهما فاشتركا في ضمانه ، أشبه ما لو خرقاهما ، وإن تلف بسبب ذلك آدمي محترم ، ( فإن قتل غالباً ) ما وجد من فعلهما ، ( فـ ) عليهما ( القود ) بشرطه من المكافأة ونحوها ، لأنهما تعمدا القتل بما يقتل غالباً ، أشبه ما لو ألقياه في لجة البحر بحيث لا يمكنه التخلص فغرق ، ( وإلا ) بأن لم يقتل غالباً بأن فعلا قريباً من

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح : ١٥٤٨/٣ ، كتاب الصيد والذبائح ، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل ، الحديث (١٩٥٥/٧٥) .

الساحل ، ( فـ ) هو ( شبه عمد ) كما لو ألقاه في ماء قليل فغرق به ، ( ولا يسقط فعل الصادم في حق نفسه مع عمد ) أي مع تعمدهما الصدم بل يعتد به ، فكل منهما شارك الآخر في قتل نفسه ، فإن مات أحدهما فليس لورثته إلا نصف ديته ، وإن مات وجب لكل منهما نصف ديته من تركة الآخر ، فإن استويا سقطا وإلا فيقدر الأقل ، ومفهومه أنه سقط مع خطأ ، فتجب الدية كاملة على العاقلة ، ( وإن خرقها ) أي خرق السفينة إنسان ( عمدا فغرقت بمن فيها ) من الأنفس والأموال ، ( وهو ) أي خرقه إياها ( مما يغرقها غالباً، أو يهلك من فيها ) غالباً ( لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة ) وإن لم يكونوا في اللجة ، ( فعليه ) أي الخارق لها ( القصاص إن قتل ) بسبب ذلك (من يجب القصاص بقتله ) لأنه أهلكه بفعله ، ( و ) عليه أيضاً ( ضمان السفينة ) لربها، فيغرم قيمتها إذا تلفت وأرش نقصها إن لم تتلف ( بما ) أي مع ضمان ما ( فيها من مال أو نفس ) من آدمي أو حيوان محترم ، ( وإن كان ) خرقها ( خطأ ) بأن كان بالسفينة محل يحتاج إلى الإصلاح فقلع منه لوحاً ليصلحه، أو ليضع عوضه في مكان لا يغرق به من فيها غالباً ، فغرقوا بسبب ذلك ( عمل بمقتضاه ) وكذا إن كان شبه عمد بأن قلع اللوح من غير داع إلى قلعه ، لكن في مكان قريب من الساحل لا يغرق به من فيها غالباً ، فغرق ، فلا قصاص فيهما ، لكن لكل منهما حكمه في الضمان على ما يأتي تفصيله في الديات ، ( وإن كانت إحدى السفينتين واقفة ، و ) كانت ( الأخرى سائرة ) واصطدمتا فغرقتا ( ضمن قيم ) السفينة ( السائرة ) السفينة ( الواقفة إن فرط ) بأن أمكنه ردها ولم يفعل ، أو لم يكمل آلتها من رجال وحبال وغيرهما ، لأن التلف حصل بتقصيره ، أشبه ما لو نام وتركها سائرة بنفسها حتى صدمتها ، وأما قيم الواقفة فلا ضمان عليه ، لأنه لم يوجد منه تعد ولا تفريط ، أشبه النائم في الصحراء إذا عثر به إنسان فتلف ، ( ويأتي إذا اصطدم نفسان في كتاب ) الديات مفصلاً ، ( وإن كانت إحداهما منحدرة ) والأخرى مصعدة ، ( فعلى صاحبها ) أي المنحدرة ( ضمان المصعدة ) لأن المنحدرة تنحط على المصعدة من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها ولا ضمان على قيم المصعدة ، تنزيلاً للمنحدرة منزلة السائرة، وللمصعدة منزلة الواقفة، ( إلا أن يكون ) قيم المنحدرة ( غلبة الريح ) أو نحوه عن ضبطها ، ( أو ) إلا أن يكون ( الماء شديداً ) . وفي نسخة : الشديد ( الجرية ، فلم يقدر على ضبطها ) فلا ضمان عليه ، لأنه لا يدخل في وسعه ، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها ، ولأن التلف يمكن استناده إلى الريح ، أو شدة جريان الماء . قال الحارثي : وسواء فرط المصعد في هذه الحالة أو لا على ما صرح به في الكافي ، وأطلقه الأصحاب وأحمد . قال في المغني : إن فرط المصعد بأن أمكنه

العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط ، فالضمان على المصعد ، لأنه المفرط . قال الحارثي : وهذا صريح في أن المصعد يؤاخذ بتفريطه ، ( ولو أشرفت السفينة على الغرق، فـ ) الواجب ( على الركبان إلقاء بعض الأمتعة حسب الحاجة ) أي يجب إلقاء ما تظن به النجاة من المتاع ولو كله ، دفعاً لأعظم المفسدتين بأخفهما ، لأن حرمة الحيوان أعظم من حرمة المتاع ، ( ويحرم إلقاء الدواب ) المحترمة ، ( حيث أمكن التخفيف بالأمتعة ) لما تقدم ، ( وإن ألجأت الضرورة إلى إلقائها ) أي الدواب ( جاز ) إلقاؤها (صوناً للآدميين ) لأنهم أعظم حرمة ( والعبيد ) في وجوب الحفظ ( كالأحرار ) لاستوائهم في الحرمة ، ( وإن تقاعدوا ) حال الإشراف على الغرق ( عن الإلقاء ) عن المتاع أو مع الدواب ( مع الإمكان ) ودعاء الضرورة إليه ( أثموا ) لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (١) .

( ولا يجب الضمان فيه ) أي فيما يلقيه من متاعه عند الإشراف على الغرق ، فلا يضمنه له أحد ، ( ولو ألقى متاعه ومتاع غيره ) مع عدم امتناعه ، ( فلا ضمان على أحد) من الملقى أو غيره ، لأنه محسن ، ( وإن امتنع ) إنسان ( من إلقاء متاعه فللغير إلقاؤه من غير رضاه ) لأنه قام عنه بواجب ، ( ويضمنه ) أي المتاع الملقي مع امتناع ربه (الملقي) له لأنه أتلف مال الغير بغير رضاه ، ( وتقدم بعض ذلك في الضمان ) فليعاود (من أتلف ) مزماراً ونحوه بأن حرقه وألقاه في نحو بحر ، ( أو كسر مزماراً ) بكسر الميم ( أو طنبوراً ) بضم أوله ( أو صليباً ، أو ) كسر ( إناء ذهب أو فضة ) لم يضمنه ، وأما إذا أتلفه فإنه يضمنه بوزنه ذهباً أو فضة بلا صناعة كما تقدم .

قال الحارثي : لا خلاف فيه . انتهى . والفرق بينه وبين آلة اللهو : أن الذهب والفضة لا يتبعان الصنعة ، بل هما مقصودان عملاً، أو كسراً ، والخشب والرق يصيران تابعين للصناعة ، فالصناعة في الذهب والفضة كالغناء في الآدمية ، لأن الصناعة أقل من الأصل ، والخشب والرق لا يبقى مقصوداً بنفسه ، بل يتبع الصورة ، أشار إليه ابن عقيل، ( أو ) كسر، أو شق ( إناء فيه خمر مأمور بإراقتها ) وهي ما عدا خمر الخلال وخمر الذمي المستترة ، لم يضمن إناءها تبعاً لها ، ( ولو قدر على إراقتها بدونه ) أي بدون كسر الإناء أو شقه ، لأمره ﷺ: بكسر دنانها ، رواه الترمذي ، وأمره بشق زقاقها، رواه أحمد، ( أو أتلف ) إنسان ( آلة لهو ) بكسر، أو حرق، أو غيرهما، (ولو) كانت ( مع صغير ) وآلة اللهو ( كعود وطبل ) غير طبل حرب ، ( و ) كـ ( ـدف

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٥ .

بصنوج أو حلق ) لم يضمنه بخلاف دف لا حلق فيه، ولا صنوج وطبل حرب فيضمنهما متلفهما لإباحتهما ، ( أو ) كـ ( نرد أو شطرنج ) قال في الفروع : ظاهر كلام الأصحاب أن الشطرنج من آلة اللهو ، قيل : بل هي من أعظمها ، وقد عم البلاء بها ، ( أو ) أتلف بحرق أو غيره ( آلة سحر، أو تعزيم، أو تنجيم، أو ) أتلف ( صور خيال، أو ) أتلف أوثاناً ، أو خنزيراً ، أو أتلف ( كتب مبتدعة مضلة ، أو ) أتلف (كتب أكاذيب ، أو سخائف لأهل الخلاعة والبطالة ، أو ) أتلف ( كتب كفر ) لم يضمنها لعدم احترامها ، ( أو حرق مخزن خمر ) قال في الهدي : يجوز تحريق أماكن المعاصي وهدمها ، كما حرق ﷺ مسجد الضرار وأمر بهدمه ، ( أو ) أتلف ( كتاباً فيه أحاديث رديئة ) أي تفرد بها وضاع ، أو كذاب . قال في شرح المنتهى : وظاهره ولو كان معها غيرها ، ويؤيد ذلك: ما قاله في الفنون ، وهو أنه يجوز إعدام الآية من كتب المبتدعة لأجل ما هي فيه ، وإهانة لما وضعت له ولو أمكن تمييزها ، ( أو ) كسر ( حلياً محرماً على ذكر لم يستعمله) أي يتخذه ( يصلح للنساء لم يضمنه ) لعدم احترامه ، وأما إذا أتلفه فقد تقدم أن محرم الصناعة يضمن بمثله وزناً وتلغى صناعته . قال في الآداب الكبرى : ولا يجوز تخريق الثياب التي عليها الصور ، ولا الرقوم التي تصلح بسطاً ومضارج وتداس ، ولا كسر الحلي المحرم على الرجل إن صلح للنساء . قال في موضع آخر : ولم يستعمله الرجال ، ( وإن تلفت حامل ، أو ) تلف ( حملها من ريح طبيخ علم ربه ذلك عادة ضمن ) ما تلف بسببه ، فإن لم يعلمه عادة لها فلا ضمان .

قلت : ويقبل قوله في عدم العلم ، لأن الأصل براءته ، لكن إن طلبت وامتنع ضمن، لأنه إنما يعلم من قبلها . ( قال الشيخ : وللمظلوم الاستغاثة بمخلوق ) أي في دفع المظلمة عن نفسه ، ( فـ ) استعانته ( بخالقه أولى ) من استعانته بالمخلوق ، ( وله ) أي المظلوم ( الدعاء بما آله ) أي بسبب ما آله ( بقدر ما يوجبه ألم ظلمه ) ، و( لا ) يجوز له الدعاء ( على من شتمه، أو أخذ ماله بالكفر ) لأنه فوق ما يوجبه ألم ظلمه ، (ولو) كذب ) ظالم ( عليه ) أي على إنسان ( لم يفتر ) أي لم يكذب ( عليه ) أي الكاذب ، ( بل يدعو الله فيمن يفتري عليه نظيره ، وكذا إن أفسد ) إنسان ( عليه دينه ) فلا يفسد هو عليه دينه ، بل يدعو الله عليه فيمن يفسد عليه دينه ، هذا مقتضى التشبيه والتورع عنه أولى . ( قال أحمد : الدعاء قصاص ، ومن دعا على من ظلمه فما صبر ، يريد أنه انتصر ) لنفسه لقوله ﷺ : « مَنْ دَعَا عَلَى مَنْ ظَلَمَهُ فَقَدِ انْتَصَرَ » رواه الترمذي عن عائشة ، ( ولمن صبر ) فلم ينتصر ( وغفر ) تجاوز ( إن ذلك ) الصبر والتجاوز (لمن عزم الأمور ) أي معزوماتها بمعنى المطلوبات شرعاً .

# باب الشفعة

- بإسكان الفاء - من الشفاعة أي الزيادة أو التقوية ، أو من الشفع وهو أحسنها ، فإن الشفع هو الزوج ، والشفيع كان نصيبه منفرداً في ملكه ، فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه فصار شفعاً ، والشافع هو جاعل الوتر شفعاً ، والشفيع فعيل بمعنى فاعل ، وهي ثابتة بالسنة ، فروى جابر أن النبي ﷺ « قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ وصُرِفَتْ الطُّرُقُ فَلا شُفْعَةَ » [1] رواه أحمد والبخاري ، وحكى ابن المنذر الإجماع عليها ، ( وهي استحقاق الشريك ) في ملك الرقبة ولو مكاتباً ( انتزاع حصة شريكه ) إذا انتقلت إلى غيره ( من يد من انتقلت ) حصة الشريك ( إليه ، إن كان ) المنتقل إليه ( مثله ) أي الشفيع في الإسلام أو الكفر ( أو دونه ) بأن كان الشفيع مسلماً والمشتري كافراً ، فإن كان بالعكس فلا شفعة ، ويأتي .

وقوله : ( بعوض مالي ) متعلق بانتقلت ، وقوله : ( بثمنه ) أي نصيب الشريك (الذي استقر عليه العقد ) متعلق بانتزاع ، فخرج بقوله : « الشريك » الجار والموصي له بنفع دار إذا باعها ، أو بعضها وارث ، لأن الموصى له ليس بمالك لشيء من الدار، وقوله: « بعوض » مخرج للموروث والموصي به والمرهون بلا عوض ونحوه ، وقوله : «مالي» مخرج للمجعول عوضا عن مهر ، أو خلع ، أو دم عمد ، صلحاً ونحوه . قال الحارثي : وأورد على قيد الشركة أنه لو كان من تمام الحد لما حسن أن يقال : هل تثبت الشفعة للجار أو لا ؟ انتهى .

ويرد بأن السؤال لا يكون ممن عرف هذا الحد ، وإنما يكون من الجاهل به ، فيجاب بأن الشفعة استحقاق الشريك لا الجار ، ( ولا يحل الاحتيال لإسقاطها ) أي الشفعة . قال الإمام أحمد : لا يجوز شيء من الحل في إبطالها ولا إبطال حق مسلم ، واستدل الأصحاب بحديث أبي هريرة مرفوعاً : « لا تَرْتَكِبُوا مَا ارْتَكَبَتْ الْيَهُودُ فَتَسْتَحِلُوا مَحَارِمَ اللهِ بِأَدْنَى الْحِيَلِ » [2] قاله في المغني وغيره ، ورواه ابن بطة بإسناده ، وقد حرم الله الحيل في كتابه في مواضع .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب البيوع ، باب بيع الشريك من شريكه ، وفي كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم ، وكذا أخرجه أحمد في المسند : ٣٠٣/٣ ضمن مسند جابر رضي الله عنه .

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند ضمن مسند أبي هريرة .

( ولا تسقط ) الشفعة ( به ) أي بالاحتيال لإسقاطها ، لأنها وضعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر ، ( والحيلة أن يظهرا ) أي المتعاقدان ( في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ، و ) أن ( يتواطآ في الباطن على خلافه ) أي خلاف ما أظهراه ، ( فمن صور الاحتيال : أن تكون قيمة الشقص ) بكسر الشين أي النصيب ( مائة وللمشتري عرض قيمته مائة فيبيعه ) أي فيتواطآن على بيع ( العرض ) لمالك الحصة (بمائتين ، ثم يشتري الشقص منه بمائتين فيتقاصان أو يتواطآن على أن ) يبيعه الشقص بمائتين ، ثم ( يدفع إليه عشرة دنانير عن المائتين ، وهي ) أي العشرة الدنانير ( أقل ) قيمة ( من المائتين ) من الدراهم ، ( فلا يقدم الشفيع عليه ) أي على أخذ الشقص (لنقصان قيمته عن المائتين ، ومنها ) أي صور الاحتيال ( إظهار كون الثمن مائة ويكون المدفوع ) ثمناً باطناً ( عشرين فقط . ومنها أن يكون كذلك ) أي أن يظهرا أن الثمن مائة ( فيبرئه ) البائع ( من ثمانين ) من المائة ويأخذ عشرين ، ( ومنها ) أي من صور الاحتيال ( أن يهبه ) البائع ( الشقص ويهبه الموهوب له الثمن ) بعد أن تواطآ على ذلك ( ومنها أن يبيعه الشقص بصبرة دراهم معلومة ) بـ ( المشاهدة مجهولة المقدار ) ليمنع الشفيع من الشفعة لجهالة قدر الثمن ، ( أو ) يبيعه الشقص ( بجوهر ونحوها ) مما تجهل قيمته ليمنع أخذ الشفيع بالشفعة ، ( فالشفيع على شفعته في جميع ذلك ) المذكور من الصور كما تقدم ، ( فيدفع ) الشفيع إذا أخذ بالشفعة ( في ) الصورة ( الأولى ) وهي ما إذا كانت قيمة الشقص مائة ، وللمشتري عرض قيمته مائة فأظهرا ببيع كل منهما بمائتين وتقاصاً ( قيمة العرض مائة ) لأنها الثمن حقيقة ، ( أو ) يدفع فيما إذا كانت قيمة الشقص مائة وأظهرا البيع بمائتين ثم عوضه عنها عشر دنانير ( مثل العشرة دنانير ) دون المائتين لأنها غير مقصودة باطناً ، ( و ) يدفع ( في ) الصورة ( الثانية ) وهي ما إذا أظهر أن الثمن مائة والمدفوع عشرون فقط عشرين ، ( و ) في ( الثالثة ) وهي ما إذا أظهرا أن الثمن مائة وأبرأه من ثمانين ( عشرين ) لأن ما زاد عليها ليس مقصوداً حقيقة ، ( و ) يدفع ( في ) الصورة ( الرابعة ) وهي ما إذا أظهرا التواهب ( مثل الثمن الموهوب له ) أي للبائع ، ( و ) يدفع ( في ) الصورة ( الخامسة ) وهي ما إذا باعه بصبرة دراهم مشاهدة مجهولة القدر حيلة ، أو بجوهرة ونحوها مجهولة القيمة حيلة ( مثل الثمن المجهول ) من الدراهم ، ( أو قيمته ) إذا كان جوهرة ونحوها ( إن كان ) الثمن ( باقياً ، ولو تعذر معرفة الثمن ) مع الحيلة ( بتلف ) الثمن المعقود عليه ( أو موت ) العبد ونحوه المجعول ثمناً ( دفع ) الشفيع ( إليه ) أي المشتري ( قيمة الشقص ) المشفوع ، لأن الأصل في

عقود المعاوضات أن يكون العوض فيها بقدر القيمة ، لأنها لو وقعت بأقل أو أكثر لكانت محاباة ، والأصل عدمها .

« تتمة » في الفائق : قلت : ومن صور التحيل :

أن يقفه المشتري أو يهبه حيلة لإسقاطها ، فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة . ويغلط من يحكم بهذا ممن ينتحل مذهب أحمد ، وللشفيع الأخذ بدون حكم . انتهى .

قال في القاعدة الرابعة والخمسين : هذا الأظهر ، ( وإن تعذر ) علم قدر الثمن ( من غير حيلة ) في إسقاط الشفعة ( بأن قال المشتري : لا أعلم قدر الثمن ) ولا بينة به ، (فقوله ) أي المشتري ( بيمينه ) أنه لا يعلم قدر الثمن ، ( وأنه لم يفعله حيلة ) على إسقاط الشفعة ، لأن الأصل عدم ذلك ، ( وتسقط الشفعة ) حيث جهل قدر الثمن بلا حيلة كما لو علم قدره عند الشراء ثم نسي ، لأن الشفعة لا تستحق بغير بدل ، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه ، ودعواه لا تمكن مع جهله .

( فإن اختلفا ) أي المشتري والشفيع ( هل وقع شيء من ذلك حيلة ) على إسقاط الشفعة ( أو لا ) بأن قال الشفيع : وقع ذلك حيلة ، وأنكره المشتري ، ( فـ ) القول (قول المشتري مع يمينه ) أنه لم يقع حيلة ، لأن الأصل عدمه ، ولأنه منكر ، ( وتسقط) الشفعة إذا حلف المشتري ، فإن نكل قضى عليه بالنكول ، ( وإن خالف أحدهما ) أي المتعاقدين ( ما تواطآ عليه ) وأظهرا خلافه ، كما لو تواطآ على أن الثمن عشرون وأظهراه مائة ، ( فطالب ) البائع ( صاحبه ) أي المشتري ( بما أظهراه ) أي المائة ( لزمه ) دفع المائة ) في ( ظاهر الحكم ) لأن الأصل عدم التواطؤ .

قلت : إن لم تقم بينة بالتواطؤ ، وله تحليف البائع أنه لم يتواطأ معه على ذلك .

( ولا يحل في الباطن لمن غر صاحبه الأخذ ) أي لا يحل باطنا للبائع أن يأخذه من المشتري ( بخلاف ما تواطآ عليه ) بأن يأخذ منه زيادة لأنه ظلم ، ( ولا تثبت ) الشفعة (إلا بشروط خمسة :

أحدها : أن يكون الشقص ) المنتقل عن الشريك ( مبيعاً ، أو مصالحاً به صلحاً بمعنى البيع ) بأن يقر له بدين، أو عين ، فيصالحه عن ذلك بالشقص ، ( أو ) يكون الشقص (مصالحاً به عن جناية موجبة للمال ) كقتل الخطأ، وشبه العمد، وأرش الجناية ونحوها ، (أو) يكون الشقص ( موهوباً هبة مشروطاً فيها الثواب ) أي عوض ( معلوم ) لأن الشفيع يأخذه بمثل الثمن الذي انتقل به إلى المشتري ، ولا يمكن هذا في غير المبيع ، وألحق بالبيع المذكورات بعده ، لأنها بيع في الحقيقة ، لكن بألفاظ أخر ، ( فلا شفعة فيما )

أي في شقص ( انتقل ) عن ملك الشريك ( بغير عوض بحال ) أي لا ما لي ولا غيره (كموهوب ) بغير عوض ، ( وموصي به وموروث ونحوه ) كدخوله في ملكه بطلاق قبل الدخول ، بأن أصدقت امرأة أرضاً وباعت نصفها ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، فإنه يرجع إليه النصف الباقي في ملكها ، ولا شفعة للمشتري من المرأة عليه ، ( ولا ) شفعة أيضاً ( فيما عوضه غير مال كصداق، وعوض خلع )، أو طلاق، أو عتق ( وصلح عن دم عمد ) لأن ذلك ليس له عوض يمكن الأخذ به ، فأشبه الموهوب والموروث ، وفارق البيع لأنه يأخذ بعوضه ، فلو جني جنايتين عمداً، أو خطأ ، فصالحه منهما على شقص أخذ بها في نصف الشقص ، أي ما يقابل الخطأ دون باقيه ، لأن الصفقة جمعت ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه ، فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر ، كما لو باع شقصاً وسيفاً ، ومن قال لأم ولده : إن خدمت ولدي حتى يستغنى فلك هذا الشقص ، فخدمته إلى الفطام استحقته ولا شفعة فيه ، لأنه موصي به بشرط ، ( و ) لا شفعة أيضاً في ( ما ) أي شقص ( أخذه ) المنتقل إليه ( أجرة، أو جعالة، أو ثمناً في سلم ) إن صح جعل العقار رأس مال سلم ( أو عوضاً في كتابة ) لأنه لا يمكن الأخذ بقيمة الشقص، ولأنها ليست بعوضه في المسائل الأربع ، ولا بقيمة مقابلة من النفع والعين ، وأيضاً الخبر وارد في البيع ، وليست هذه في معناه ، ورد الحارثي ذلك ، وصحح جريان الشفعة قولاً واحداً ، ( ومثله ) أي مثل ما عوضه غير مال ( ما ) أي شقص ( اشتراه الذمي بخمر، أو خنزير ) لأنهما ليسا بمال ، ( ولا تجب ) الشفعة ( بفسخ يرجع به الشقص إلى العاقد) أي البيع ( كرده ) أي رد المشتري الشقص ( بعيب أو مقابلة ، أو لغبن ، أو اختلاف متبايعين ) في الثمن ، أو خيار مجلس ، أو شرط أو تدليس ، لأن الفسخ رفع لعقد ، فليس بيعاً ولا في معناه .

★ ★ ★

## ( فصل في احكام بيع الشقص )

**الشرط الثاني** : أن يكون المبيع وما بمعناه ( شقصاً مشاعاً مع شريك ولو مكاتباً من عقار ) بفتح العين يعني أرضاً ( ينقسم ) أي تجب قسمته بطلب بعض الشركاء ( قسمة إجبار ) لقوله ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتْ الحُدُودُ فَلا شُفْعَةَ » [1] رواه الشافعي ، ولقوله ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ وصُرِفَتْ

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الشفعة ، باب الشفعة فيما لم يقسم ، وأخرجه الشافعي في الأم ، كتاب الشفعة .

الطُّرُقُ فَلا شُفْعَةَ »[1] رواه أبو داود ، فإن قيل : إنما نفى الشفعة بصرف الطرقات ، وهي للجار غير مصروفة . أجيب : بأن الطرقات التي تنصرف بالقسمة مختصة باستطراق المشاع الذي يستطرق به الشريك ليصل إلى ملكه ، فإذا وقعت القسمة انصرف استطراقه في ملك شريكه ، وأما غيره من الطرقات المستحقة فلا تنصرف أبداً .

( فأما المقسوم المحدود فلا شفعة لجاره فيه ) لما تقدم ، وأما حديث « الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ » رواه البخاري وأبو داود . قال في القاموس : أي بما يليه ويقرب منه ، وحديث « جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ » رواه الترمذي ، وقال : حسن صحيح ، وحديث : « الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يَنْتَظِرُ بِهَا إِذَا كَانَ غَائِباً إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِداً »[2] رواه الترمذي وحسنه ، فقد أجيب عن الأول بوجهين :

**أحدهما** : أنه أبهم الحق ولم يصرح به ، فلم يجز أن يحمل على العموم .

**والثاني** : أنه محمول على أنه أحق بالفناء الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار ، أو يكون مرتفعاً به .

وعن الثاني : بأن الحسن رواه عن سمرة ، وأهل الحديث اختلفوا في لقاء الحسن له ، ومن أثبت لقاءه إياه قال : إنه لم يرو عنه إلا حديث العقبة ، ولو سلم لكان عنه الجوابان المذكوران .

وعن الثالث : بأن شعبة قال : سمي فيه عبد الملك بن سليمان الذي الحديث من روايته ، وقال الإمام أحمد : هذا الحديث منكر . وقال ابن معين : لم يروه غير عبد الملك ، وقد أنكر عليه ، ثم يحتمل أن المراد بالجار في الأحاديث : الشريك ، فإنه جار أيضاً ، لأن اسم الجوار يختص بالقريب ، والشريك أقرب من اللصيق ، فكان أحق باسم الجوار ، وقد أطلقت العرب على الزوجة جارة لقربها . قال الأعشى : أجارتنا بيني فأنت طالق .

( ولا ) شفعة ( في طريق نافذ ) لقوله ﷺ : « لا شُفْعَةَ فِي فِنَاءٍ وَلا فِي طَرِيقٍ وَلا مَنْقَبَةٍ » رواه أبو عبيد في الغريب . و« المنقبة » : الطريق الضيق بين دارين لا يمكن أن

---

(١) راجع تخريج ما قبله .

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٣٠٣/٣ ، والدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، الحديث (٣١٥٨) ، والترمذي في السنن ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في الشفعة للغائب ، الحديث (١٣٦٩) ، وابن ماجة في السنن: ٨٣٢/٢ ، كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار ، الحديث (٢٤٩٤) .

يسلكه أحد ، ( فإن كان ) طريق ( غير نافذ لكل واحد من أهله فيه باب فباع أحدهم داره فيه) أي في الطريق غير النافذ ( بطريقها، أو باع الطريق وحده وكان الطريق لا يقبل القسمة ، أو ) كان الطريق ( يقبلها وليس لدار المشتري طريق إلى داره سوى تلك الطريق ، ولا يمكن فتح باب لها ) أي لدار المشتري ( إلى شارع ) أي طريق نافذ ، (فلا شفعة ) للحديث السابق ، ولحصول الضرر على المشتري بوجوبها ، لأن الدار تبقى لا طريق لها ، ( ولو كان نصيب المشتري ) للدار بطريقها أو لطريقها ( من الطريق أكثر من حاجته ) في الاستطراق ، لأن في وجوبها في الزائد تبعيض صفقة المشتري ، ولا يخلو من الضرر ، ( وإن كان الطريق يقبل القسمة ) لسعته ، ( ولدار المشتري طريق آخر إلى شارع ) أو غيره ، ( أو ) لم يكن لها طريق ، لكن ( أمكن فتح باب لها إلى شارع وجبت ) الشفعة في الطريق المشترك المذكور ، لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ، فوجبت فيه الشفعة كغيره ، ( وكذا ) أي كالطريق المشترك في وجوب الشفعة وعدمه على التفصيل المتقدم ( دهليز دار ، وصحن دار مشتركان ) والدهليز -بكسر الدال- ما بين الباب والدار ، والصحن وسط الدار ، فإذا بيعت دار لها دهليز مشترك ، أو بيت بابه في صحن دار مشترك ، ولا يمكن الاستطراق إلى المبيع إلا من ذلك الدهليز أو الصحن فلا شفعة فيهما للضرر ، وإن كان له باب آخر ، أو أمكن فتح باب له إلى شارع وجبت لوجود المقتضى وعدم المانع .

( ولا شفعة بالشرب ) - بكسر الشين المعجمة وسكون الراء المهملة - ( وهو النهر أو البئر ) أو العين ( يسقى أرض هذا ، و ) يسقى ( أرض هذا ، فإذا باع أحدهما أرضه ) المفرزة ، ( فليس للآخر الأخذ ) بالشفعة ، ( بـ ) سبب ( حقه من الشرب ) لعموم ما سبق ، ( ولا ) شفعة ( فيما لا تجب قسمته ) إذا طلبها أحد الشركاء ( كحمام صغير وبئر ، وطرق ، وعراص ضيقة ) ، ورحى صغيرة ، وعضادة ، لحديث أبي عبيد السابق، ولقول عثمان : « لا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ وَلا نَخْلٍ » ، ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع ، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة . وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع .

وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة ، فيؤدي إثباتها إلى نفيها ، فإن كان الحمام كبيراً تمكن قسمته حمامين ، أو أمكنت قسمة البئر بئرين ، أو كان مع البئر بياض أرض ، بحيث تحصل البئر في أحد النصيبين ، وجبت الشفعة ، وكذا الرحي .

( ولا ) شفعة أيضاً ( فيما ليس بعقار كشجر ) مفرد ( وحيوان وبناء مفرد ) عن أرض ( وجوهر وسيف ونحوها ) كسفينة وزرع وثمرة ، لأن من شرط وجوبها أن يكون المبيع

أرضاً ، لأنها هي التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، ( إلا أن الغراس والبناء يؤخذان تبعاً للأرض ) لقضائه ﷺ « بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مُشْتَرَكٍ لَمْ يُقْسَمْ رِيعُهُ أَوْ حَائِطاً » وهذا يدخل فيه البناء والأشجار ، ( وكذا نهر وبئر وقناة ودولاب ) ، فتؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض لا مفردة .

و( لا ) يؤخذ بالشفعة تبعاً ولا مفرداً ( ثمرة ) قال في المغني والشرح ظاهره ( و ) لا ( زرع ) لأنهما لا يدخلان في البيع فلا يدخلان في الشفعة ، كقماش الدار لأن الشفعة بيع في الحقيقة ، لكن الشارع جعل للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري ، ( فإن بيع الشجر ) مع أرض فيها شفعة وأخذ الشجر تبعاً للأرض بالشفعة ، ( وفيه ) أي الشجر (ثمرة غير ظاهرة ، كالطلع غير المتشقق دخل ) الثمر ( في الشفعة ) أي المشفوع تبعاً له حيث أخذه الشفيع قبل التشقق ، لأنه يتبع في البيع ، فتبع في الشفعة ، لأنها بيع في المعنى ، فإن لم يأخذه حتى تشقق بقي الثمر لمشتر إلى أوان أخذه ، ويأتي مفصلاً ، (وإن بيعت حصة من علو دار مشترك ) أي العلو ، ( وكان السقف الذي تحته لصاحب السفل ) وحده ، ( أو ) كان السقف ( لهما ) أي لصاحب السفل والعلو ، ( أو ) كان السقف ( لصاحب العلو ، فلا شفعة في العلو ) لأنه بناء مفرد ، ( ولا ) شفعة أيضاً في السقف ، لأنه لا أرض له ، فهو كالأبنية المفردة ، ( وإن كان السفل مشتركاً ) بين اثنين فأكثر ، ( والعلو خالص لأحد الشريكين ، فباع ) رب العلو نصيبه من السفل ، فللشريك الشفعة في السفل فقط ) دون العلو ، لعدم الشركة فيه .

★ ★ ★

## ( فصل في الشرط الثالث للشفعة )

**الشرط الثالث للشفعة** : ( المطالبة بها على الفور ) ساعة يعلم بالبيع ، لقوله ﷺ : «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا » [1] رواه الفقهاء في كتبهم ، ورده الحارثي بأنه لا يعرف في كتب الحديث ، ولقوله أيضاً في رواية « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ » [2] رواه ابن ماجة ، ولأن

---

(١) الحديث لم أقف على لفظه ، ولم أجد من ذكره من أصحاب الكتب المعتمدة في السنة .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٨٣٥ ، كتاب الشفعة ، باب طلب الشفعة ، الحديث (٢٥٠٠) ، وفي الزوائد : في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني ، قال فيه ابن عدي : كل ما يرويه البيلماني فالبلاء فيه منه ، وإذا روى عن محمد بن الحارث فهما ضعيفان ، وقال : حدث عن أبيه نسخة كلها موضوعة ، لا يجوز الاحتجاج به ، ولا أذكره إلا على وجه التعجب ، ومعنى قوله : «كحل العقال » ، قال السبكي في شرح المنهاج: المشهور أن معناه أنها تفوت إن لم يتدر إليها كالبعير الشرود يحل عقاله ، وذكر السيوطي أن معناه حل البيع عن الشقيص أي الشريك وإيجابه لغيره .

ثبوتها على التراخي ربما أضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه ( بأن يشهد ) الشفيع (بالطلب) بالشفعة ( حين يعلم ) بالبيع ( إن لم يكن ) للشفيع ( عذر ) يمنعه من الطلب، ( ثم ) إذا أشهد على الطلب ( له أن يخاصم ) المشتري ، ( ولو بعد أيام ) أو أشهر، أو سنين ، لأن إشهاده دليل على رغبته ، ( ولا يشترط في المطالبة حضور المشتري لكن إن كان المشتري غائباً عن المجلس حاضراً في البلد ، فالأولى أن يشهد على الطلب) خروجاً من خلاف من اشترطه ، كالقاضي في الجامع الصغير ، وأبي حنيفة ، والمراد من عدم اشتراط حضور المشتري عند المطالبة : أنه لا تعتبر مواجهة الشفيع له . قال الحارثي: المذهب الإجزاء ، ونقله عن ابن الزاغوني . قال : وهو ظاهر ما نقله أبو طالب عن أحمد ، وهو قياس المذهب أيضاً ، وهو ظاهر كلام أبي الخطاب في رؤوس مسائله والقاضي أبي الحسين في تمامه ، وصرح به في المحرر ، لكن بقيد الإشهاد ، وهو المنصوص من رواية أبي طالب والأثرم ، وهذا اختيار أبي بكر ، وإيراد المصنف - أي الموفق - هنا يقتضي عدم الإجزاء وأن الواجب المواجهة . قال : وقد صرح به في العمدة. انتهى . والثاني مقتضى كلامه في المنتهى .

( ولا ) على الأول : فالأولى أيضاً أن ( يبادر ) الشفيع ( إلى المشتري ) فيطالبه (بنفسه أو بوكيله ) بالشفعة ، خروجاً من الخلاف ، ( فإن بادر هو ) أي الشفيع ( أو ) بادر ( وكيله ) فطالب المشتري بالشفعة ( من غير إشهاد ) أنه على شفعته ، ( فهو على شفعته ) لعدم تأخيره الطلب ، ( فإن كان ) للشفيع ( عذر ) يمنعه الطلب ( مثل أن لا يعلم ) بالبيع ، فأخر إلى أن علم وطالب ساعة علم ، ( أو علم ) الشفيع بالبيع ( ليلاً فأخره ) أي الطلب ( إلى الصبح ) مع غيبة مشتر عنه ، ( أو ) أخر الطلب ( لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ) مع غيبة مشتر ، ( أو ) أخر الطلب محدث ( لطهارة ) مع غيبة ، ( أو ) أخره لـ ( إغلاق باب، أو ليخرج من الحمام، أو ليقضي حاجته ) من بول أو غائط ، ( أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة بسنتها ، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها ونحوه ) كمن علم ، وقد انخرق ثوبه ، أو ضاع منه مال، فأخر الطلب ليرقع ثوبه، أو يلتمس ما سقط منه ( لم تسقط ) الشفعة ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج ونحوها على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه، أو يحرك دابته ، فلم يفعل ومضى على حسب عادته ، ( إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده) أي الشفيع ( في هذه الأحوال ) فتسقط بتأخيره ، لأنه مع حضوره يمكنه مطالبته من غير اشتغال عن إشغاله ( إلا الصلاة ) فلا تسقط الشفعة بتأخير الطلب للصلاة وسننها ، ولو مع حضور المشتري عند الشفيع ، لأن العادة تأخير الكلام عن

الصلاة ، (وليس عليه ) أي الشفيع ( تخفيفها ) أي الصلاة ، ( ولا الاقتصار على أقل ما يجزيء) في الصلاة ، لأن إكمالها لا يدل على رغبته عن الشفعة ، ( فإذا فرغ ) الشفيع ( من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري ) ليطالبه بالشفعة ، ( وليس عليه ) أي الشفيع ( أن يسرع في مشيه ) إن مشى ، ( أو يحرك دابته ) إن ركب ، لأن الطلب المشروط هو الطلب بحكم العادة ، ( فإذا لقيه بدأه بالسلام ثم يطالب ) لأنه السنة. وفي الحديث : « مَنْ بَدَأَ بِالْكَلامِ قَبْلَ السَّلامِ فَلا تُجِيبُوهُ » رواه الطبراني في الأوسط وأبو نعيم في الحلية من حديث ابن عمر .

( فإن قال ) الشفيع ( بعد السلام متصلاً : بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له ) أي للمشتري ( بالمغفرة ونحو ذلك ) كان دعاء له بالمعونة ( لم تبطل شفعته ، لأن ذلك يتصل بالسلام ، فهو من جملته ، والدعاء له ) أي للمشتري ( بالبركة في الصفقة دعاء) من الشفيع ( لنفسه ، لأن الشقص يرجع إليه ) أي الشفيع إذا أخذه بالشفعة ، ( فلا يكون ) ذلك الدعاء ( رضا ) بترك الشفعة ، ( فإن اشتغل ) الشفيع ( بكلام آخر ) غير الدعاء ، ( أو ) سلم ثم ( سكت لغير حاجة بطلت ) شفعته لفوات شرطها وهو الفور ، ( ويملك ) الشفيع ( الشقص ) المشفوع ( بالمطالبة ) بالشفعة ، ( ولو لم يقبضه مع ملاءته بالثمن ) لأن البيع السابق سبب ، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع إذا انضم إليه القبول ، ( فيصح تصرفه ) أي الشفيع ( فيه ) أي الشقص المشفوع ، لانتقال الملك إليه ، ( ويورث ) الشقص ( عنه ) أي الشفيع إذا مات بعد الطلب كسائر أملاكه ، ( ولا يعتبر ) لانتقال الملك إلى الشفيع ( رضا مشتر ) لأنه يؤخذ منه قهراً والمقهور لا يعتبر رضاه ، ( ولفظ الطلب ) للأخذ بالشفعة أن يقول : ( أنا طالب ) بالشفعة ، ( أو ) أنا ( مطالب ) بالشفعة ، ( أو ) أنا ( آخذ بالشفعة ، و ) أنا ( قائم عليها ) أي الشفعة ( ونحوها مما يفيد محاولة الأخذ بالشفعة ، كتملكت الشقص ، أو انتزعته من مشتريه ، أو ضممته إلى ما كنت أملكه من العين ، ( فإن أخر ) الشريك (الطلب مع إمكانه) أي الطلب ، ( ولو جهلا باستحقاقها ) أي الشفعة ، سقطت لأنه لا يعذر بذلك لعدم خفائه غالباً ، ( أو ) أخر الطلب ( جهلا بأن التأخير مسقط لها ، ومثله لا يجهله ، سقطت ) شفعته لعدم عذره ( إلا أن يعلم ) الشريك بالبيع ، ( وهو غائب عن البلد ، فيشهد على الطلب بها ، فلا تسقط ) شفعته ، ( ولو أخر المبادرة إلى الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه ) لأن إشهاده بالطلب دليل على الرغبة ، وعلى أنه لا مانع له من الطلب إلا قيام العذر به ، وكالغائب مريض ومحبوس ، ( وتسقط ) الشفعة ( إذا ) علم الشريك بالبيع وهو غائب ، و( سار هو ) أي الشريك الغائب ، ( أو )

سار ( وكيله إلى البلد الذي فيه المشتري في طلبها ) أي الشفعة ، ( ولم يشهد ) قبل سيره ، ( ولو سار ( بمضي ) أي سير ( معتاد ) لأن السير يكون لطلب الشفعة ولغيره ، وقد قدر أن يبين كون سيره لطلب الشفعة بالإشهاد عليه ، فإذا لم يفعل سقطت كتارك الطلب مع حضوره ، ( وإن أخر ) الشريك ( الطلب والإشهاد لعجزه عنهما ، أو ) لعجزه ( عن السير ) إلى المشتري فيطالبه ، وإلى من يشهده على أنه مطالب (كالمريض، لا من صداع ، وألم قليل ) لأن ذلك لا يعجزه عن الطلب والإشهاد ، ( وكالمحبوس ظلماً أو بدين لا يمكنه أداؤه ، أو من ) أي غائب ( لا يجد من يشهده ، أو وجد من لا تقبل شهادته كالمرأة والفاسق ونحوهما ) كغير بالغ ، ( أو وجد مستوري الحال فلم يشهدهما ) لم تسقط شفعته ، لأنه معذور بعدم شهادتهما .

( قال في تصحيح الفروع : ينبغي أن يشهدهما ولو لم يقبلهما ) الحاكم ، ( وهو على شفعته ) إذا أشهد على الطلب عند زوال عذره ، ( أو وجد ) الغائب ( من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة ) فلم يشهده ، لم تسقط شفعته ، إذ لا فائدة في إشهاده ، فإن وجد واحداً فأشهده أو لم يشهده لم تسقط ، قاله في المغني والشرح ونصره ، ورد الحارثي بأن شهادة العدل يقضي بها مع اليمين ، ( أو ) أخر الطلب، أو الإشهاد (لإظهارهم زيادة في الثمن ، أو ) لإظهارهم ( نقصاً في المبيع ، أو ) لإظهارهم ( أنه موهوب ) له ، أي للمشتري ( أو ) لإظهارهم ( أن المشتري غيره ) أي غير المشتري باطناً ، ( أو أخبره ) أي الشريك بالبيع ( من لا يقبل خبره ) لفسقه ( فلم يصدقه ) ولم يطلب أو يشهد ، ( أو ) أظهر المتعاقدان ( أنهما تبايعا بدنانير ، فتبين أنه بدراهم أو بالعكس ) بأن أظهرا أنهما تبايعا بدراهم فتبين أنه بدنانير ، ( أو أظهر ) المشتري ( أنه اشتراه بنقده ، فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس ، أو ) أظهر أنه اشتراه ( بنوع من العروض ، فبان أنه ) اشتراه ( بغيره ) أي غير ذلك النوع ، كنقد أو نوع آخر ، ( أو أظهر ) المشتري ( أنه اشتراه له ) أي لنفسه ، ( فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس ) بأن أظهر أنه اشتراه لغيره، فبان أنه اشتراه لنفسه ، ( أو ) أظهر ( أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره ، أو أظهر أنه اشترى الكل بثمن ، فبان أنه اشترى نصفه بنصفه ، أو) أظهر ( أنه اشترى نصفه بثمن ، فبان أنه اشترى جميعه بضعفه ، أو ) أظهر ( أنه اشترى الشقص وحده ، فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس ) بأن أظهر أنه اشترى الشقص وغيره ، فبان أنه اشتراه وحده ، ( فهو ) أي الشفيع ( على شفعته ) إذا علم الحال ، فلا يكون ذلك مسقطاً لشفعته ، لأنه إما معذور أو غير عالم بالحال على وجهه، كما لو لم يعلم مطلقاً ، ( فأما إن أظهر ) المشتري ( أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه

بأكثر ) فلا شفعة ، لأن من لا يرضى بالقليل لا يرضى بأكثر منه ، ( أو ) أظهر ( أنه اشترى الكل بثمن ، فبان أنه اشترى به ) أي بذلك الثمن ( بعضه ) أي بعض الشقص ( سقطت شفعته ) لأن من لم يرض بأخذ الشقص كله بذلك الثمن ، لا يرضى بأخذ بعضه به ، ( وإن كان المحبوس حبس بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه ) أي على أدائه ، ( فهو كالمطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل ) منْ يطالب له فوراً ( بطلت شفعته ) لأنه ليس بمعذور كالمريض مرضاً يسيراً ، لا يمنعه من طلب الشفعة ، ( وإن أخبره ) أي الشفيع بالبيع ( من يقبل خبره ، ولو عدلاً واحداً عبداً، أو أنثى فلم يصدقه ) الشفيع سقطت شفعته ، لأنه خبر من عدل يجب قبوله في الرواية، والفتيا ، وسائر الأخبار الدينية، فسقطت الشفعة بتكذيبه ، (أو) أخبره ( من لا يقبل خبره كفاسق وصبيّ ، وصدقه ولم يطالب ) سقطت شفعته ، لأن تصديقه اعتراف بوقوع البيع ، فوجب سقوطها بتأخير الطلب ، ( أو قال ) الشريك (للمشتري : يعني ما اشتريت ، أو صالحني ) عنه ( مع أنه لا يصح الصلح عنها ) أي عن الشفعة ، ( أو ) قال : ( هبه لي أو ائتمني عليه ، أو بعه ممن شئت ، أو وله إياه ) أي أعطه لمن شئت برأس ماله ، ( أو هبه له ) أي لمن شئت ، ( أو أكرني ، أو ساقني ، أو قاسمني أو اكتر مني ، أو ساقاه ونحوه ) كاشتريت غالياً أو بأكثر مما أعطيت أنا ، سقطت شفعته ، لأن هذا وشبهه دليل على رضاه بالشركة وتركه للشفعة ، وإن قيل له : شريكك باع نصيبه من زيد ، فقال : إن باعني زيد وإلا فلي الشفعة ، كان ذلك كقوله لزيد : بعني ما اشتريت ، قدمه الحارثي ، ( أو قدر معذور ) لمرض ، أو حبس ونحوه ( على التوكيل ) في طلب الشفعة، ( فلم يفعله ) بأن لم يوكل ، سقطت شفعته لعدم عذره في التأخير ، ( أو لقي) الشريك ( المشتري في غير بلده ، فلم يطالبه ) سقطت شفعته ( سواء قال : إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع ؛ أو ) لأطالبه في بلد ( المبيع أو لا ، أو) سواء قال : إنما تركت المطالبة ( لآخذ الشقص في موضع الشفعة ، أو لم يقل ، أو نسي المطالبة ، أو ) نسي ( البيع ) لأنه مقصر بعدم الطلب فوراً، ( أو قال ) الشريك للمشتري : ( بكم اشتريت ؟ قال ) : اشتريت رخيصاً ، أو قال له ( أي للشريك المشتري : بعتك أو وليتك فقبل ) ذلك ( سقطت ) شفعته ، لأنه دليل تركه الشفعة .

( وإن دله ) الشريك في البيع ( أي عمل دلالاً ، وهو السفير ) بين البائع والمشتري، والاسم الدلالة -بفتح الدال وكسرها - . قال ابن سيده : ما جعلته للدليل والدلال ، لم تسقط شفعته ، ( أو رضي ) الشريك ( به ) أي بالبيع ( أو ضمنه عنه ) الثمن لم تسقط شفعته ، لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة ، فلا تسقط به ، ( أو سلم ) الشريك ( عليه ،

أو دعا بعده ) أي بعد السلام متصلاً به ( ونحوه ، كما تقدم ولم يشتغل بكلام آخر، أو لم يسكت لغير حاجته ) لم تسقط شفعته لما تقدم ، ( أو توكل ) الشريك ( لأحد المتبايعين، أو جعل له الخيار فاختار إمضاء البيع ، فـ ) ـهو ( على شفعته ) لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة ، ولأن المسقط لها الرضا بتركها بعد وجوبها ، ولم يوجد ، ( وإن قال ) الشريك لشريكه : ( بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ، ففعل ) أي باع نصف النصيبين ( ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع، أو أسقط ) الشريك ( شفعته قبل البيع لم تسقط ) شفعته ، لأنه إسقاط حق قبل وجوبه ، فلم يسقط ، كما لو أبرأه مما سيقرضه له ، ( وإن ترك ولي ، ولو ) كان ( أبا شفعة موليه ، صغيراً كان أو مجنوناً ) أو سفيهاً ( لم تسقط ) شفعته ، لأن الترك من غير الشفيع كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها ، ( وله ) أي المحجور عليه ( الأخذ بها ) أي بالشفعة ( إذا ) بلغ ، و( عقل ورشد، سواء كان فيها حظ أو لا ) ولو كان الولي قد صرح بالعفو عنها ، لأن المستحق للشفعة له الأخذ بها ، سواء كان له حظ فيها، أو لم يكن ، ( وقيل : لا يأخذ ) المحجور عليه بعد أهليته ( بها إلا إن كان فيها ) أي الشفعة ( حظ له وعليه الأكثر ) بناء على أن عفو الولي عنها مع عدم الحظ فيها صحيح ، قياساً على الأخذ مع الحظ ورد بأنه لا يلزم من ملك استيفاء لحق ملك إسقاطه ، بدليل سائر حقوق المحجور عليه ، لأن في الأخذ تحصيلاً له ، ( وأما الولي ، فيجب عليه الأخذ بها ) أي بالشفعة ( له ) أي للمحجور عليه ( إن كان ) الأخذ ( أحظ ) للمحجور عليه ، بأن كان الشراء رخيصاً، أو بثمن المثل، وللمحجور عليه مال يشتري منه ، لأن عليه الاحتياط لموليه : وفعل الأحظ له ، فإن ترك الولي الأخذ فلا غرم عليه ، لأنه لم يفوت شيئاً من ماله ، ( وإلا ) يكن في الأخذ بالشفعة حظ للمحجور عليه ، كما لو غبن المشتري، أو كان الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ، ويرهن مال المحجور عليه ( تعين ) على الولي ( الترك ) كسائر ما لاحظ لموليه فيه ، ( ولم يصح الأخذ ) بالشفعة حينئذ، فيكون باقياً على ملك المشتري، ( ولو عفا الولي عن الشفعة التي فيها حظ لموليه ، ثم أراد ) الولي ( الأخذ ) بها ، (فله) أي الولي ذلك ، لعدم صحة عفوه عنها ، كما سبق ، ( وإن أراد ) الولي (الأخذ) بالشفعة ( في ثاني الحال ، وليس فيها مصلحة ) للمحجور عليه ( لم يملكه ) أي الأخذ بالشفعة لعدم الحظ ، ( وإن تجدد الحظ ) للمحجور عليه ( أخذ ) الولي ( له بها ) لعدم سقوطها بالتأخير ، ( وحيث أخذها ) أي أخذ الولي بالشفعة ( مع الحظ ) للمحجور عليه ( ثبت الملك ) في المشفوع ( للصبي ونحوه ) كالمجنون والسفيه ، ( وليس له ) أي المحجور عليه ( نقضه بعد البلوغ )، أو العقل، أو الرشد ، وكسائر تصرفات الولي

اللازمة ، ( وحكم المغمى عليه ، و ) حكم ( المجنون غير المطبق حكم المحبوس، والغائب تنتظر إفاقتهما ) لأنهما معذوران ، ولا تثبت الولاية عليهما ، ( وحكم ولي المجنون المطبق ) لأنهما معذوران ، ولا تثبت الولاية عليهما ، ( وحكم ولي المجنون المطبق ) - بفتح الباء - ( وهو الذي لا ترجى إفاقته ، و ) حكم ولي ( السفيه حكم ولي الصغير ) فيما تقدم ، وسبقت الإشارة إليه .

( وإذا مات مورث الحمل ) كأبيه ( بعد المطالبة بها ) أي الشفعة ( لم يؤخذ له ، لأنه لا يتحقق وجوده ) نقله ابن رجب عن الأصحاب . ( وفي المغني والشرح : إذا ولده وكبر فله الأخذ إذا لم يأخذ به الولي كالصبي ) قلت : الظاهر ، أن هذا مفرع على أن الشفيع لا يملك الشقص بالطلب ، وأما على ما تقدم وهو المذهب فينتقل الملك للمورث قبل موته ، فيورث عنه الشقص كسائر تركته ، ويوفي الثمن من التركة كسائر الديون ، (وللمفلس الأخذ بها ) أي بالشفعة ، ( و ) له ( العفو ) عنها ، لأنه مكلف رشيد ، (وليس للغرماء إجباره ) أي المفلس ( على الأخذ بها ولو كان فيها حظ ) له ، لأن الحق له فلا يجبر على استيفائه ، ( وللمكاتب الأخذ ) بالشفعة ( والترك ) كالحر ، (وللمأذون له من العبيد ) في التجارة ( الأخذ ) بالشفعة ( دون الترك ) لأن الحق فيها لسيده لا له ، فهو كولي المحجور عليه ، ( ويأتي آخر الباب ) هذا بحسب ما عزم عليه لكنه لم يف به، ( وإذا باع وصي الأيتام لأحدهم نصيباً في شركة الآخر ، فله ) أي الولي ( الأخذ للآخر بالشفعة ) لأنه كالشراء له ، ( وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه ) من الأيتام الشقص المشفوع ، ( فليس له ) أي الوصي ( الأخذ ) بالشفعة ، لأنه متهم في بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه ، ( ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ ) بالشفعة ( لليتيم ) ونحوه ( مع الحظ له ) لأن التهمة منتفية ، فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه ، لكون المشتري لا يوافقه ، ولأن الثمن حاصل له من المشتري، كحصوله من اليتيم ، بخلاف بيعه مال اليتيم ، فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به ، وإذا رفع الأمر للحاكم فباع عليه ، فللوصي الأخذ حينئذ لعدم التهمة .

( فإن كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده ، فله الأخذ بالشفعة لنفسه لعدم التهمة) ولذلك كان له أن يشتري من نفسه مال ولده ، ( وإن بيع شقص في تركة حمل لم يكن لوليه الأخذ ) بالشفعة له ، لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية ، ( فإذا ولد ) الحمل ، (ثم كبر ) أي بلغ رشده ( فله الأخذ ) بالشفعة ( كالوصي إذا كبر ) ولم يكن وليه أخذ بالشفعة ، ولوليه الأخذ بالشفعة بعد ولادته إذا كان فيها حظ ، إذ لا مانع من تمليكه إذن .

## ( فصل في الشرط الرابع للأخذ بالشفعة )

وهو ( أن يأخذ ) الشريك ( جميع ) الشقص ( المبيع ) لئلا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقة في حقه بأخذ بعض المبيع مع أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل ، دفعاً لضرر الشركة ، فإذا أخذ البعض لم يندفع الضرر ، وهذا الشرط كالذي قبله شرط لاستدامة الشفعة لا لثبوتها ، كما نبه عليه الحارثي ، ( فإن طلب ) الشريك ( أخذ البعض ) من المبيع ( مع بقاء الكل لم يتلف من المبيع شيء ، سقطت شفعته ) لأن حق الأخذ إذا سقط بالترك في البعض سقط في الكل ، كعفوه عن بعض قود يستحقه ، ( وإن تعدد الشفعاء ، فـ ) الشقص المبيع ( بينهم على قدر ملكهم كمسائل الرد ) لأن الشفعة حق يستفاد بسبب الملك ، فكان على قدر الأملاك كالغلة ، ( فدار بين ثلاثة ) لواحد ( نصف و ) لآخر ( ثلث ، و ) لآخر ( سدس ، باع صاحب الثلث ) نصيبه ، ( فـ ) أصل (المسألة من ستة ) مخرج الكسور ( الثلث بينهما ) أي بين صاحب النصف والسدس (على أربعة ) لبسط النصف ثلاثة ، ولبسط السدس واحد ، فـ ( لصاحب النصف ثلاثة ولرب السدس واحد ، ولا يرجع أقرب ) الشفعاء على أبعدهم ، ( ولا ) ذو ( قرابة ) من الشفعاء على أجنبي ، لأن القرب ليس هو سبب الشفعة ، ( وإن ترك أحدهم شفعته سقطت ، ولم يكن للباقين ) من الشفعاء ( أن يأخذوا إلا الكل ، أو يتركوا ) الكل . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، و( كما لو كان بعضهم ) أي الشفعاء ( غائباً ) فإنه ليس للحاضر إلا أخذ الكل، أو تركه، لأنه لم يعلم الآن مطالب سواه ، ولأن في أخذ بعض الشقص تبعيضاً لصفقة المشتري ، (فإن وهب بعض الشفعاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء ، أو ) وهبه لـ ( غيره ، لم تصح) الهبة ، ( وسقطت ) الشفعة ، لأن ذلك دليل إعراضه عنها ، ( فإن كان الشفعاء) كلهم ( غائبين ) لم تسقط الشفعة لموضع ( العذر ) فإذا قدم أحدهم من سفره، ( فليس له أن يأخذ إلا الكل أو يترك ) الكل ، دفعاً لتبعيض الصفقة على المشتري ، (فإن امتنع) من حضر من الغائبين أو كان حاضراً وشريكاه غائبين ، ( حتى يحضر صاحباه ) بطل حقه ، لأن في تأخيره إضراراً بالمشتري ، ( أو قال : آخذ قدر حقي ) فقط ( بطل حقه ) لما فيه من إضرار المشتري بتبعيض الصفقة ، ( فإن ) وفى نسخة : فإذا ( أخذ ) من حضر أو كان حاضراً من الشركاء ( الجميع ) أي جميع الشقص المشفوع ( ثم حضر ) شريك ( آخر قاسمه إن شاء ، أو عفا ، فبقي ) الشقص ( للأول ) لأن

المطالبة إنما وجدت منهما ، ( فإن قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما إن أحب ) الأخذ بالشفعة ، ( وبطلت القسمة الأولى ) لأنه تبين أن لهما شريكاً ، لم يقاسم ولم يأذن ، ( وإن عفا ) الثالث عن شفعته ( بقي ) الشقص ( للأولين ) لأنه لا مشارك لهما ، (فإن نما الشقص في يد الأول ) قبل أخذ شريكه ( نماء منفصلاً ) بأن أخذ أجرته، أو ثمرته (لم يشارك فيه واحد منهما ) لأنه انفصل في ملكه ، فأشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة ، ( وكذلك إذا أخذ الثاني ) نصيبه بعد قدومه من الأول ( فنما في يده ) أي الثاني ( نماء منفصلاً ، لم يشاركه الثالث فيه ) لما تقدم ، وإن ترك الأول شفعته، أو أخذ بها، ثم رد ما أخذه بعيب توفرت الشفعة على صاحبيه ( الغائبين ، فإذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الأول ، وإن أخذ الأول الشقص بالشفعة ، ثم أعاده للمشتري بنحو هبة ، فلا شفعة للغائبين ، لأنه عاد بغير السبب الذي تعلقت به الشفعة ، بخلاف رده بعيب ، لأنه رجع إلى المشتري بالسبب الأول ، فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ، ( فإن خرج الشقص ) المشفوع ( مستحقاً ) ، وقد أخذ الأول ثم الثاني منه ثم الثالث منهما ، ( فالعهدة على المشتري ) لأن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ، فكانت العهدة عليه ، فـ ( يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر ) بشيء ، ( وإن أراد الثاني ) عند قدومه في غيبة الثالث (الاقتصار على قدر حقه فله ذلك ) لأنه اقتصر على بعض حقه ، وليس فيه تبعيض الصفقة على المشتري ، والشفيع دخل على أن الشفعة تتبعض عليه ، ( فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ ثلث ما في يد الثاني وهو التسع فيضمه إلى ما بيد الأول وهو الثلثان ، تصير سبعة أتساع ، يقتسمانها ) أي الأول والثالث ( نصفين لكل واحد منهما ثلث ونصف تسع ، وللثاني تسعان ، وتصح من ثمانية عشر ) حاصلة من ضرب تسعة في اثنين ، لكل واحد من الأول والثالث سبعة سبعة ، وللثاني أربعة لأن الثاني ترك سدساً كان له أخذه ، وحقه منه ثلثاه وهو التسع ، فتوفر ذلك على شريكيه في الشفعة ، ( وإن كان المشتري شريكاً ) لآخر غير البائع ، ( فالشفعة بينه وبين الآخر ) بحسب ملكيهما ، لأنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة ، كما لو اشتراه غير الشريك . والمعنى : أن المشتري يستقر ملكه على ما يقابل ما كان له ، فلا ينتزع منه وإلا فلا شفعة له على نفسه ، ( فإن ترك المشتري شفعته ليوجب الكل على شريكه ، لم يلزمه ) أي الشريك (الآخذ) أي أخذ الكل ، ( ولم يصح إسقاطه ) أي الشريك المشتري لنصيبه ( لملكه له بالشراء ) واستقراره ، ( فلا يسقط بإسقاطه ) كالشفيعين إذا حضر أحدهما ، فأخذ الجميع ثم حضر الآخر وطلب حقه منها ، فقال له الآخذ : خذ الكل أودعه ، ( وإذا

كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين ، ثم علم شريكه ) ذلك ، ( فله الأخذ بهما ) أي بالعقدين ، لأنه شفيع فيهما ، ( وله ) الأخذ أيضاً ( بأحدهما ) أيهما كان ، لأن كلا منهما بيع مستقل بنفسه وهو يستحقهما ، فإذا أسقط البعض كان له ذلك كما لو أسقط حقه من الكل ، ( فإن أخذ ) الشفيع ( بـ ) البيع ( الثاني شاركه مشتر في شفعته ) لأن ملك المشتري استقر في المبيع الأول بإسقاط الشفيع حقه ، فصار شريكه فيشاركه في البيع الثاني ، ( وإن أخذ ) الشفيع ، ( بـ ) البيع ( الأول لم يشاركه في شفعته أحد ) لأنه لم تسبق له شركة ، ( وإن أخذ ) الشفيع ( بهما ) أي بالبيعتين (لم يشاركه في شفعته الأول والثاني ) لأنه لم تسبق لهما شركة ، هذا إذا تعددت العقود دون البائع والمشتري ، ( وإن ) تعدد دون العقد بأن ( اشترى اثنان ) حق واحد صفقة واحدة ، ( أو اشترى الواحد لنفسه ولغيره بالوكالة ) . قلت : أو الولاية أو بهما ، بأن كان وكيلاً لأحدهما ، ووليأ على الآخر ( حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما ) لأن الصفقة مع اثنين بمنزلة عقدين ، فيكون للشفيع الأخذ بهما وبأيهما شاء ، وكذا إذا اشترى الواحد لنفسه وغيره لتعدد من وقع له العقد ، ( وإن اشترى واحد حق اثنين ) صفقة واحدة ، ( أو اشترى واحد شقصين من أرضين صفقة واحدة والشريك واحد ، فللشفيع أخذ أحدهما ) أي أحد الشقصين من أحد العاقدين ، لأن كلا منهما مستحق بسبب غير الآخر ، فجرى الشريكين ، ولأن الشفيع قد يلحقه الضرر بأرض دون أرض ، ( وإن شاء أخذهما ) أي الشقصين معاً ، وإن كان الشريك متعدداً أخذوا الجميع وقسموا الثمن على القيمة ولمن شاء أخذ حصته بقسطها وافقه الآخر أو خالفه ، ( وإن باع اثنان نصيبهما من اثنين صفقة واحدة ، فالتعدد واقع من الطرفين ) إذ البائع اثنان والمشتري اثنان ، ( والعقد واحد ، وذلك ) العقد ( بمثابة أربع صفقات ، فللشفيع أخذ الكل، أو أخذ نصفه وربعه منهما، أو أخذ نصفه منهما ) فيبقى لهما نصفه ، ( أو أخذ نصفه من أحدهما ) ويبقى نصفه للآخر ، ( أو أخذ ربعه من أحدهما ) فيبقى له ربعه وللآخر نصفه ، وإن باع أحد الشركاء عن نفسه وعن شريكه بطريق الوكالة أو الولاية شقصاً من واحد كان ذلك بمنزلة عقدين لتعدد من وقع منه العقد ، فللشفيع الأخذ بهما، وبأحدهما أيهما شاء ، ( وإن باع ) إنسان ( شقصاً وسيفاً ) أو نحوه مما لا شفعة فيه ( صفقة واحدة ) بثمن واحد ، ( فللشفيع أخذ الشقص ) بالشفعة ( بحصته من الثمن ) لأن ذلك العقد بمثابة عقدين لتعدد المبيع ، ( فيقسم الثمن على قيمتهما ) أي الشقص والسيف أو نحوه ، فلو كانت قيمة الشقص ألفاً وقيمة السيف مثلاً خمسمائة وبيعا بألف ومائتين ، أخذ الشفيع الشقص بثمانمائة ، ( ولا يثبت للمشتري خيار التفريق ) في هذه الصور

لتعدد العقد معنى ، ( وإن تلف بعض المبيع ) المشفوع بأمر سماوي، أو فعل آدمي، ( أو انهدم ) بيت من الدار التي بيع منها الشقص ، ( ولو بفعل الله ) تعالى كالمطر ، ( فله ) أي الشفيع ( أخذ الباقي ) من الشقص ( بحصته من الثمن ) أي ثمن جميع الشقص ، فلو كان الشقص المشفوع نصفاً من الدار والبيت الذي انهدم منها نصف قيمتها أخذ الشفيع الشقص فيما بقي من الدار بنصف ثمنه ، ( فإن كانت الأنقاض موجودة أخذها ) الشفيع ( مع العرصة ) والباقي من البناء ( بالحصة ) أي حصتهما من الثمن ، ( وإن كانت ) الأنقاض ( معدومة أخذ ) الشفيع ( العرصة وما بقي من البناء ) بحصته من الثمن لأنه تعذر عليه أخذ كل المبيع بتلف بعضه ، فجاز له أخذ الباقي بحصته كما لو تعذر عليه أخذ الكل ليكون معه شفيع آخر ، ( فلو اشترى داراً بألف تساوي ألفين فباع ) المشتري ( بابها ) فبقيت بألف ، ( أو هدمها فبقيت بألف أخذها ) الشفيع ( بخمسمائة بالقيمة من الثمن أي بالحصة من الثمن ) ، والمراد بقوله : اشترى دار ، أي شقصاً من دار من إطلاق الكل على البعض كقوله تعالى : ﴿ يَجْعَلُونَ أَصَابِعَهُمْ فِي آذَانِهِمْ ﴾ (١) .

( ويتصور أن تكون الشفعة في دار كاملة ) بـ ( أن تكون دور جماعة مشتركة فيبيع أحدهم حصته من الجميع مشاعاً ، ويظهرا في الثمن زيادة تترك الشفعة لأجلها ويقاسم بالمهايأة ، فيحصل للمشتري دار كاملة ) ثم يتبين الحال فيأخذها الشفيع ، ( أو بأن تكون دور جماعة مشتركة فيبيع أحدهم حصته من الجميع مشاعاً ، و( يظهر انتقال الشقص من جميع الأملاك بالهبة ، فيقاسم ) المشتري شركاءه فيحصل له دار كاملة ، ( أو ) بأن (يوكل الشريك وكيلاً في استيفاء حقوقه ويسافر ، فيبيع شريكه حصته في الجميع ) أي جميع الدور المشتركة ، ( فيرى الوكيل أن الحظ لموكله في ترك الشفعة فلا يطالب بها ويقاسم ) المشتري الوكيل ( بالوكالة ، فيحصل للمشتري داراً كاملة فهدمها ) أو باع بابها فنقصت كما تقدم ، ( ثم علم الشفيع مقدار الثمن بالبينة أو بإقرار المشتري ، ذكره في المستوعب ، ولو تعيب المبيع بعيب ينقص الثمن مع بقاء عينه ) كما لو انشق الحائط أو تشعث الشجر ، أو بارت الأرض ، ( فليس له ) أي الشفيع ( الأخذ إلا بكل الثمن أو الترك ) لأنه لم يذهب من المبيع شيء حتى ينقص من الثمن في مقابلته ، وإسقاط بعض الثمن إضرار بالمشتري ، والضرر لا يزال بالضرر .

★ ★ ★

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩ .

## ( فصل في الشرط الخامس للأخذ بالشفعة )

وهو ( أن يكون للشفيع ملك للرقبة سابق ) على البيع لأن الشفعة ثبتت لدفع الضرر عن الشريك ، فإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه ، فلا شفعة ، ( ولو ) كان الشريك ( مكاتباً ) لصحة ملكه كغيره ، فـ ( لا ) شفعة بـ ( ملك منفعة ، كدار موصي بنفعها ، فباع الورثة نصفها ، فلا شفعة للموصي له ) لأن المنفعة لا تؤخذ بالشفعة ، فلا تجب بها ، ( ويعتبر ) للأخذ بالشفعة ( ثبوت الملك ) للشفيع بالبينة ، أو إقرار المشتري ، ( فلا تكفي اليد ) لأنها مرجحة فقط عملاً بالظاهر ولا تفيد الملك ، كما يأتي في الدعاوي والبينات ، ( فإن لم يسبق ملك ) أحدهما كشراء الاثنين داراً صفقة واحدة ، فلا شفعة لأحدهما على صاحبه ) لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر لاستوائهما في البيع في زمن واحد ، ( وإن ادعى كل منهما ) أي الشريكين ( السبق فتحالفا ، أو ) أقاما بينتين ، و( تعارضت بينتاهما ، فلا شفعة لهما ) أي لأحدهما على الآخر ، لأنه لم يثبت السبق لواحد منهما ، ( ولا شفعة بشركة وقف ) فدار نصفها وقف ، ونصفها طلق وبِيعَ الطلق لا شفعة للموقوف عليه ولو معيناً، (لأن ملكه غير تام ) أشبه مالك المنفعة.



## ( فصل في حكم تصرف المشتري في الشقص )

وإن تصرف المشتري في الشقص ( المبيع قبل الطلب ) أي طلب الشفيع بالشفعة (بوقف) متعلق بتصرف ( على معين ) كأن وقفه على ولده، أو ولد زيد ( أولاً ) على معين، بأن وقفه على مسجد كذا، أو على الفقراء، أو الغزاة ونحوهم، ( أو ) تصرف في الشقص بـ ( ـهبة أو صدقة ) أو جعله عوضاً في عتق، أو طلاق، أو خلع، أو صلح عن دم عمد ونحوه مما لا شفعة فيه ابتداء ( سقطت الشفعة ) لأن في الشفعة إضراراً بالموقوف عليه والموهوب له والمتصدق عليه ونحوه ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، لأن الثمن إنما يأخذه المشتري والضرر لا يزال بالضرر ، و( لا ) تسقط الشفعة ( برهنه ) أي رهن المشتري الشقص المشفوع ، ( و ) لا بـ ( إجارته ) لبقاء المؤجر المرهون في ملك المشتري وسبق تعلق حق الشفيع على المرتهن والمستأجر ، ( وينفسخان ) أي الرهن والإجارة (بأخذه) أي أخذ الشفيع الشقص المرهون أو المؤجر بالشفعة من حين الأخذ ، لأنهما يستندان إلى حال الشراء، ولسبق حقه حقهما ، وأيضاً الفرق بين الأخذ بالشفعة والبيع أن الشقص خرج من يد المشتري قهراً عليه في الأخذ بالشفعة بخلاف البيع .

( ويحرُم ) على المشتري تصرفه بعد الطلب ، ( ولا يصح تصرفه بعد الطلب ) لانتقال الملك إلى الشفيع بالطلب في الأصح، أو الحجر عليه به لحق الشفيع على مقابله، وإن نهى الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالبه بها لم يصر المشتري ممنوعاً ، بل تسقط الشفعة على قولنا على الفور ، ذكره القاضي في خلافه ، واقتصر عليه ابن رجب في القاعدة الثالثة والخمسين ، ( ولو أوصى المشتري بالشقص ، فإن أخذه الشفيع قبل القبول بطلت الوصية واستقر الأخذ ) للشفيع ، لسبق حقه على حق الموصي له ، والوصية قبل القبول بعد الموت جائزة لا لازمة ، فبطلت لفوات الموصي به قبل لزومها .

( وإن طلب ) الشفيع الأخذ بالشفعة قبل قبول الوصية ، ( ولم يأخذ بعد ) الطلب حتى مات الموصي ( بطلت الوصية ) واستقر الأخذ للشفيع ، سواء قبل الموصي له الوصية أو لا ، لأنه ملكه قبل لزوم الوصية ، ففاتت الوصية على الموصي له ، ( ويدفع) الشفيع ( الثمن إلى الورثة ، لأنه ملكهم ) إلى الأخذ ، ( وإن كان الموصي له قبل ) الوصية بالشقص ( قبل أخذ الشفيع ) بالشفعة ، ( أو ) قبل ( طلبه ) بها لزمت الوصية واستقر للموصي له ، و( سقطت الشفعة ) لأن في الشفعة إضراراً بالموصي له ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، وكما لو وهبه المشتري قبل الطلب ، ( وإن باع ) المشتري الشقص قبل الطلب ، ( فللشفيع الأخذ بثمن أيّ البيعين شاء ) لأن سبب الشفعة الشراء. وقد وجد من كل منهما ، ولأنه شفيع في العقدين ، وعلم من ذلك : صحة تصرف المشتري في الشقص قبل الطلب ، لأنه ملكه ، وكون الشفيع له أن يتملكه لا يمنع من تصرفه فيه ، كما لو كان أحد العوضين في البيع معيباً ، فإنه لا يمنع من التصرف في الآخر ، وكالابن يتصرف في العين الموهوبة له ، وإن جاز لأبيه الرجوع فيها، ( ويرجع من أخذه منه ) يعني من أخذ الشفيع الشقص ببيع قبل بيعه ( على بائعه بما أعطاه ) من الثمن ، لأنه لم يسلم له المعوض ، ( فإن أخذ ) الشفيع ( بـ ) البيع (الأول رجع ) المشتري ( الثاني على ) المشتري ( الأول ) بما دفعه له من الثمن ، وينفسخ البيع الثاني ، ( وإن كان ثم ) مشتر ( ثالث ) بأن لم يعلم الشفيع حتى تبايع ثلاثة (فأكثر) وأخذ الشفيع الأول ( رجع ) المشتري ( الثاني على الأول ، و) المشتري ( الثالث على الثاني ، وهلم جرا وينفسخ ما بعد البيع الأول ، وإن أخذ البيع الأخير فلا رجوع واستقرت العقود ، وإن أخذ بالمتوسط استقر ما قبله وانفسخ ما بعده ، ( وإن فسخ البيع بعيب في الشقص ) المشفوع ، ( أو إقالة أو تحالف ) لاختلاف في الثمن ( ثم علم الشفيع ) بالبيع ( فله الأخذ بها ) أي بالشفعة ، لأن حقه سابق على ذلك كله ، لأنه ثبت بالبيع ، ( فينقض فسخه ) أي ينقض فسخ البيع بتلك المذكورات إذا أخذ الشفيع

بالشفعة ، ( ويأخذ ) الشفيع الشقص في فسخ البيع بـ ( الإقالة ، و ) فسخه بـ ( العيب ) أي عيب الشقص ( بالثمن الذي وقع عليه العقد ) لما يأتي ، ( و ) يأخذ ( في ) الفسخ لأجل ( التحالف بما حلف عليه البائع ) لأن البائع مقر بالثمن الذي حلف عليه ، ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك ، فإذا بطل حق المشتري بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك ، فله أن يبطل فسخهما ويأخذ ، لأن حقه أسبق ، ( وإن فسخ البائع ) البيع (لعيب في ثمنه ) أي ثمن الشقص المشفوع ( المعين ) كما لو اشترى الشقص بعبد معين ثم علم البائع عيبه وفسخ البيع ، ( فإن كان ) الفسخ ( قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة ) لما فيها من الإضرار بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه بوجود العيب ، والشفعة ثبتت لإزالة الضرر ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولأن حق البائع في الفسخ أسبق لأنه استند إلى وجود العيب وهو موجود حال البيع ، والشفعة تثبت بالبيع ، ويفارق ما إذا كان الشقص معيباً ، فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن ، وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مسألتنا حق البائع في استرجاع الشقص ، ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة ، ( وإلا ) بأن كان الفسخ بعد الأخذ بالشفعة (استقرت ) للشفيع ، لأنه ملك الشقص بالأخذ ، فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي ، ( وللبائع ) إذا فسخ بعد أخذ الشفيع ( إلزام المشتري بقيمة شقصه ) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة تلف الشقص ، ( ويتراجع المشتري والشفيع بما بين القيمة ) أي قيمة الشقص ( والثمن ) الذي وقع عليه العقد ، وهو قيمة العبد ، لأن الشفيع أخذه قبل الاطلاع على عيب العبد بقيمته ، لأنه الثمن الذي وقع عليه العقد ، وبعد الاطلاع على عيب العبد وفسخ البيع وتعذر الشقص استقر العقد على قيمة الشقص، والشفيع لا يلزمه إلا ما استقر عليه العقد وللمشتري المطالبة بما أداه زيادة عليه ، ( فيرجع دافع الأكثر منهما ) على الآخر ( بالفضل ) ، فإذا كانت قيمة الشقص مائة وقيمة العبد الذي هو الثمن مائة وعشرين ، وكان المشتري أخذ المائة والعشرين من الشفيع رجع الشفيع عليه بالعشرين ، لأن الشقص إنما استقر عليه بالمائة .

( ولا يرجع شفيع على مشتر بأرش عيب في ثمن عفا عنه بائع ) أي لو أبرأ البائع مشتري الشقص من العيب الذي وجده بالعبد مثلاً ، فلا رجوع للشفيع عليه بشيء ، لأن من جهة المشتري لا يملك فسخه ، أشبه ما لو حط البائع عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وإن اختار البائع أخذ أرش العيب فله ذلك ، ولا يرجع مشتر على شفيع بشيء إن دفع إليه قيمة العبد سليماً ، وإلا رجع عليه ببدل ما أدى إلى أرشه ، وإن عاد الشقص بعد فسخ العقد لعيب الثمن وأخذ الشفيع إلى ملك المشتري من الشفيع أو غيره

ببيع ، أو هبة ، أو إرث ونحوه لم يملك البائع استرجاعه بمقتضى الفسخ السابق ، لأن ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه إلى القيمة ، فإذا أخذها لم يبق له حق ، بخلاف غاصب تعذر عليه رد مغصوب ، فأدى قيمته ثم قدر عليه ، فإنه يرده ويسترجع القيمة ، لأن ملك المغصوب منه لم يزل عنه .

( وإن أخذ الشفيع الشقص ) بالشفعة ، ( ثم ظهر ) أي اطلع بالشقص ( على عيب لم يعلماه ) أي المشتري والشفيع ، ( فله ) أي الشفيع ( رده على المشتري ، أو أخذ أرشه) منه ، لما تقدم من أن الأخذ بالشفعة في معنى البيع ، ( و ) يرجع ( المشتري على البائع كذلك ) أي بالثمن ، ويرد الشقص إن رده الشفيع عليه ، أو يأخذ الأرش ، (وأيهما ) أي الشخصين من الشفيع والمشتري ( علم به ) أي بالعيب عند العقد أو قبله (لم يرده) أي الشقص المعيب ، ولم يطالب بأرش ، لأنه دخل على بصيرة ، ( ولكن إذا علم الشفيع وحده فلا رد للمشتري ) لخروج الشقص عن ملكه ، ( وله ) أي المشتري (الأرش) للعيب الذي لم يعلمه ، ( وإن ظهر الثمن المعين مستحقاً فالبيع باطل ) لما تقدم في البيع ، ( ولا شفعة ) لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك إلى المشتري ، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه ما أخذ على البائع ، ولا يثبت ذلك إلا ببينة ، أو إقرار المتبايعين والشفيع ، فإن أقرا ، وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه ، وله الأخذ بالشفعة، ويرد البائع العبد لصاحبه ، ويرجع على المشتري بقيمة الشقص ، وإن أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ، ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد، فيشتري الشقص منه ويتباريان .

وإن أقر الشفيع والبائع، وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه، ولم تثبت الشفعة ، ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء ، لأن البيع صحيح في الظاهر . وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ، وإن أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ، ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، وإن كان اشترى الشقص بثمن في ذمته ثم نقد الثمن فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة ، لأن البيع صحيح ، فإن تعذر قبض الثمن من المشتري لإعساره أو غيره ، فللبائع فسخ البيع ، ويقدم حق الشفيع لأن بالأخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمناً ، فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين ، ذكره في المغني والشرح ، ( وإن ظهر بعضه ) أي بعض الثمن المعين ( مستحقاً بطل البيع فيه ) أي فيما ظهر مستحقاً ، وما يقابله من الشقص فلا شفعة فيه ، وصح في الباقي ، وتثبت فيه الشفعة ، ( وإن كان ) الثمن ( مكيلاً، أو موزوناً )، أو معدوداً، أو

مذروعاً ، ( فتلف قبل قبضه بطل البيع ) لما تقدم ، ( وانتفت الشفعة ) إن كان التلف قبل الأخذ بها ، لأنه تعذر التسليم فتعذر أيضاً العقد ، فلم تثبت الشفعة كالفسخ بخيار ، ( فإن كان الشفيع أخذ بالشفعة ) قبل التلف ( لم يكن لأحد استرداده ) أي الشقص لاستقرار ملك الشفيع عليه ، ويغرم مشتريه لبائعه قيمة المبيع ، ويأخذ من الشفيع بدل ما وقع عليه العقد ، وتقدم في البيع ، ( ولو ارتد المشتري فقتل أو مات ) قبل علم الشفيع بالبيع ، ( فللشفيع) إذا علم بالبيع ( الأخذ ) بالشفعة ( من بيت المال لانتقال ماله ) أي المرتد ( إليه ) أي إلى بيت المال ، لأنها وجبت بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله، أو موته لا يمنع الشفعة ، كما لو مات على الإسلام فورثه ورثته ، أو صار ماله إلى بيت المال لعدم ورثته ، ( والمطالب ) -بفتح اللام- ( بالشفعة وكيل بيت المال ) لأنه نائب عن المسلمين الآيل إليهم الشقص ، ( ولا تصح الإقالة بين البائع والشفيع لأنه ليس بينه وبينه بيع ، وإنما هو مشتر ) والإقالة إنما تكون بين المتبايعين فإن باعه إياه ، صح لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، ( وإن استغله ) أي استغل المشتري الشقص قبل أخذ الشفيع بالشفعة ( بأن أخذ ثمرته ، أو أجرته فهي له ) أي للمشتري ، ( وليس للشفيع مطالبة المشتري بردها ) لحديث : « الخَرَاجُ بالضَّمَانِ » [1] .

( وإن أخذه ) أي الشقص ( شفيع وفيه زرع ، أو ثمرة ظاهرة ، أو ) ثمرة ( مؤبرة ونحوه ) كلقطة ظاهرة من باذنجان ونحوه ، ( فهي ) وفي نسخة : فهو ، أي الزرع والثمرة واللقطة الظاهرتان (لمشتر) لأنه ملكه (مبقي إلى أوان أخذه بحصاد، أو جذاذ، أو غيرهما ) كلقاط ( بلا أجرة ) لأنه زرعه في ملكه ، ولأن أخذه بمنزلة بيع ثان ، ( وإن نما ) الشقص ( عنده ) أي المشتري ( نماء متصلاً كشجر كبر ، وطلع لم يؤبر ) يعني يتشقق ( تبعه ) أي الأصل ( في عقد وفسخ ) كالرد بعيب ، فيأخذه الشفيع بزيادته ، لا يقال : فلم لا يكون حكمه حكم الزوج إذا طلق قبل الدخول ؟ لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين ، وهنا يسقط حقه منها إذا لم يرجع في الشقص ، فافترقا ، ولو كان الطلع موجوداً حال الشراء غير مؤبر ، ثم أبر عند المشتري، فهو له أيضاً مبقي إلى أوان جذاذه ، لكن يأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتهما من الثمن ، لأنه فات عليه بعض ما شمله عقد الشراء ، وهو الطلع الذي لم يؤبر حال العقد ، فهو كما لو شمل الشراء الشقص وعرضا معه ، ( وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع ) في غيبة الشفيع ( أو قاسم ) المشتري ( الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن ، أو ) لكونه أظهر ( أن الشقص موهوب له ونحوه ) بأن أظهر بأن الشراء لغيره،

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

( ثم غرس ) المشتري ( أو بني ) فيما خرج له بالقسمة ( لم تسقط الشفعة ) لأن الشفيع لم يترك الطلب بها إعراضاً عنها ، بل لما أظهره المشتري ، وكذا لو كان الشفيع غائباً، أو صغيراً وطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم ، ثم قدم الغائب وبلغ الصغير ، فلهما الأخذُ ، ( وللشفيع الأخذ بها إذا علم الحال ، ويدفع قيمة الغراس أو البناء ) لربهما (حين تقويمه) أي الغراس، أو البناء ( وصفة تقويمه : أن الأرض تقوم مغروسة، أو مبنية ثم تقوم خالية ) من الغراس، أو البناء ، ( فيكون ما بينهما قيمة الغراس، أو البناء ) لأن ذلك هو الذي زاد بالغراس ، أو البناء ، ( فيملكه ) أي الغراس ، أو البناء الشفيع بما بين القيمتين ( أو يقلعه ) أي الغراس ، أو البناء إن أحب ، ( ويضمن نقصه من القيمة ) المذكورة ، وهي ما بين قيمة الأرض مغروسة ، أو مبنية وبين قيمتها خالية (بالقلع) متعلق بنقصه ، وإن غرس المشتري ، أو بني مع الشفيع ، أو وكيله في المشاع، ثم أخذه الشفيع ، فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه .

( فإن اختار الشفيع أخذه ) أي الغراس، أو البناء بقيمته ، ( وأراد المشتري ذلك ) أي قلعه لأنهما ملكه على انفراده ، ( ولو مع ضرر ) يلحق الأرض لأنه تخليص عين ماله مما كان حين الوضع في ملكه ، ( ولا يضمن ) مشتر ( نقص الأرض ) بقلع غراسه أو بنائه لانتفاء عدوانه ، فيخير الشفيع بين أخذ الشقص ناقصاً بكل الثمن أو تركه ، ( ولا يلزمه) أي المشتري ( تسوية حفرها ) إذا قلع غراسه أو بناءه لعدم عدوانه ، ( ولا يلزم الشفيع إذا أخذ الغراس، أو البناء دفع ما أنفقه ) المشتري على الغراس والبناء ، ( سواء كان ) ما أنفقه ( أقل من قيمته أو أكثر ) منها ، بل تلزمه قيمته فقط ، ( وإن حفر ) المشتري ( فيها ) أي البقعة المشفوعة ( بئراً ) بعد المقاسمة لما تقدم ، أو حفرها مع الشفيع، أو وكيله على ما تقدم تفصيله في البناء ، ثم أخذ الشفيع بالشفعة ( أخذها ) أي البئر ( الشفيع ) مع الشقص ، ( ولزمه ) أي الشفيع للمشتري ( أجرة المثل لحفرها)، لأن المشتري لم يتعد بحفرها ، ( وإن باع شفيع ملكه ) من الأرض التي بيع منها الشقص المشفوع ، ( أو ) باع ( بعضه ) أي بعض ملكه منها ( قبل العلم ) ببيع شريكه ( لا بعده ، لم تسقط شفعته ) لأنها ثبتت له حين بيع شريكه ، ولم يوجد منه ما يدل على عفوه عنها ، بخلاف ما لو باع بعد العلم .

( وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع ) سواء أخذ منه ما اشتراه بالشفعة أو لم يؤخذ، لأنه شريك في الرقبة ، أشبه المالك الذي لم تستحق عليه شفعة ، ( وإن مات الشفيع ) قبل الطلب بالشفعة مع القدرة، أو الإشهاد مع العذر ( بطلت ) شفعته ، لأنها نوع خيار شرع للتمليك ، أشبه القبول ، فإنه لو مات من يريد القبول بعد إيجاب صاحبه لم يقم

وارثه مقامه في القبول ، ولأنا لا نعلم بقاءه على الشفعة لاحتمال رغبته عنها ، ولا ينتقل إلى الورثة ما شك في ثبوته .

( وإن طالب ) الشفيع بالشفعة قبل موته، أو أشهد مع القدرة أنه مطالب بها ، (فلا) سقوط بموته ، بل تنتقل لورثته خصوصاً على القول بأنه يملك الشقص بمجرد الطلب ، وهو المذهب ، ( وتكون ) الشفعة ( لورثته كلهم ) إذا مات بعد الطلب ( على حسب ميراثهم ) كسائر حقوقه ، ( ولا فرق في الوارث بين ذوي الرحم ) أي الأقارب الوارثين بفرض، أو تعصيب، أو رحم، (والزوج والمولي) وهو المعتق وعصبته المتعصبون بأنفسهم ( وبيت المال ، فيأخذ الإمام بها ) أي بالشفعة إذا لم يكن هناك وارث خاص يستغرق بفرض، أو تعصيب، أو رد، أو رحم ، ( فإن ترك بعض الورثة حقه ) من الشفعة (توفر الحق على باقي الورثة ، ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا ) الكل ، لأن في أخذ البعض وترك البعض إضراراً بالمشتري ، لكن على المذهب من أن الشفيع يملك الشقص بالطلب لا يتأتى العفو بعده ، بل ينتقل الشقص إلى الورثة كلهم على حسب إرثهم قهراً عليهم ، ويؤخذ ثمنه من التركة كسائر الديون ، ( وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا عنها ) أي الشفعة ( أحدها وطالب بها الآخر ، ثم مات الطالب ) للشفعة، (فورثه) الشريك ( العافي ) عن الشفعة ، ( فله أخذ الشقص بها ) أي بالشفعة ، لأن عفوه أو لا عن حقه الثابت بالبيع لا يسقط حقه المتجدد بالإرث ، وإذا حققت النظر فالملك قد انتقل إلى الطالب بالطلب ، ثم إلى وارثه ، فقوله : فله الأخذ : إنما هو مجاراة للخصم ، أو على القول الثاني أنه لا يملكه بالطلب ، وإلا فهو ينتقل إليه قهراً .

★ ★ ★

## فصل

ويأخذ الشفيع الشقص المشفوع ( بلا حكم حاكم ) لأنه حق ثبت بالإجماع ، فلم يفتقر إلى حاكم يحكم كالرد بالعيب ( بمثل الثمن الذي استقر عليه العقد ) وقت لزومه (قدراً وجنساً وصفة ) لحديث جابر : « فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ بِالثَّمَنِ » رواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم ، ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالبيع ، فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري ، لا يقال : الشفيع استحق أخذ الشقص بغير رضا مالكه ، فكان ينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر إلى طعام غيره ، لأن المضطر استحقه بسبب حاجته ، فكان المرجع في بدله إلى قيمته ، والشفيع استحقه بالبيع ، فوجب أن يكون بالعوض الثابت له ( إن قدر ) الشفيع ( عليه ) أي الثمن ، ( وإن طلب ) الشفيع ( الإمهال ) لتحصيل

الثمن ( أمهل يومين أو ثلاثة ) أيام ، لأنها حد جمع القلة ، ( فإذا مضت ) الأيام الثلاثة ، ( ولم يحضره ) أي يحضر الشفيع الثمن ، ( فللمشتري الفسخ ) لأنه تعذر عليه الوصول إلى الثمن فملك الفسخ ، كبائع بثمن حال ( من غير حاكم ) لأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم حاكم ، فلا يقف فسخ الأخذ بها عليه ، كالرد بالعيب ، وحيث تقرر أن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد ، ( فإن كان ) الثمن ( مثلياً ، فـ ) إن الشفيع يأخذه ( بمثله ) أي الثمن ، ( وإلا ) يكن الثمن مثلياً ، ( فـ ) أن الشفيع يأخذه ( بقيمته ) أي الثمن ، لأنها بدله في القرض والإتلاف ( وقت لزومه ) أي العقد ، لأنه حين استحقاق الأخذ ( وإن دفع ) المشتري لبائع ( مكيلاً ) كبر وزيت (بوزن أخذ ) من الشفيع ( مثله كيله كقرض ) أي كما لو أقرضه مكيلاً بوزن فإنه يسترد مثل كيله اعتباراً بمعياره الشرعي ، وكذا عكسه ، ( وإن كان الثمن ) عن الشقص المشفوع ( عرضاً متقوماً موجوداً قُوِّمَ وأُعطِيَ ) الشفيع المشتري ( قيمته ) لأنها بدله كما تقدم ، (وإن كان ) العرض المجعول ثمناً ( معدوماً وتعذرت معرفته كانت دعوى ) المشتري (جهله) أي جهل قيمته ( كدعواه جهل الثمن على ما يأتي ) أي مقبولة منه بيمينه ، وتسقط الشفعة ، حيث لا حيلة ، ( فإن اختلفا ) أي الشفيع والمشتري ( في قيمته ) أي قيمة العرض المجعول ثمناً ، ( والحالة هذه ) أي وهو معدوم ، ( فقول مشتر) بيمينه ، لأنه أعرف بما عقد عليه ولأن الشقص ملكه ، فلا ينزع منه بغير ما يدعيه بلا بينة ، (وإن عجز ) الشفيع ( عن الثمن ، أو ) عجز ( عن بعضه سقطت شفعته كما تقدم ، فلو أتى ) الشفيع ( برهن أو ضمين ) لم يلزم المشتري قبولهما ، ولو كان الرهن محرزاً والضمين مليئاً لما على المشتري من الضرر بتأخير الثمن ، والشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلا تثبت معه ، ( أو بذل ) الشفيع ( عوضاً عن الثمن ) بأن كان نقداً فدفع عنه عرضاً (لم يلزم المشتري قبوله ) دفعاً لما عساه أن يتضرر به ، ( والأخذ بالشفعة نوع بيع ) كما تقدم ، لأنه تملك للشقص بثمنه ، ( لكن لا خيار فيه ) أي في الأخذ بالشفعة لأنه قهري ، ( ولهذا ) أي لكونه نوع بيع ( اعتبر له ) أي لصحة الأخذ بالشفعة ( العلم بالشقص ) المأخوذ ، ( و ) العلم ( بالثمن ) المأخوذ به كما يعتبر في البيع : العلم بالعوضين ، ( فلا يصح ) الأخذ بالشفعة ( مع جهالتهما ) ولا مع جهالة أحدهما ، هذا معنى ما قطع به في المغني ، ومشي عليه في الإنصاف ، وهو معنى ما قدمه في الفروع والمبدع . وقال في التنقيح : ولا تعتبر رؤيته قبل تملكه أي الشقص انتهى . وهو معنى ما جزم به في المنتهى ، وهو معنى ما قدمه في الفروع عن الترغيب لكونه قهرياً بخلاف البيع .

( وله ) أي للشفيع ( المطالبة بها ) أي بالشفعة ( مع الجهالة ) أي جهالة الشقص والثمن ، ( ثم يتعرف ) مقدار الثمن من المشتري أو غيره ، ويتعرف المبيع فيأخذه بثمنه. وظاهر عطفه بثم : أنه لا يعتبر الفور للتعرف والأخذ ، اكتفاء بالمطالبة ولو مع الجهالة. وهو ظاهر ما تقدم أيضاً ، ( و ) لا ( يلزم المشتري تسليم الشقص ) للشفيع ( حتى يقبض الثمن ) لأن الأخذ بالشفعة قهري والبيع عن رضا ، ( وإن أفلس الشفيع ) بعد الأخذ بالشفعة ، ( الثمن ) كله ( في الذمة ) أي ذمة الشفيع ( خير مشتر بين فسخ ) الأخذ بالشفعة ، ( و ) بين ( ضرب مع الغرماء بالثمن كبائع ) مع مشتر أفلس ، لحديث : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ عِنْدَ مَنْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » [1] ، وتقدم في الحجر .

( وما يزاد في الثمن ) في مدة الخيار يلحق به ( أو يحط منه ) أي الثمن ( في مدة الخيار ) أي المجلس، أو الشرط ( يلحق به ) أي بالعقد ، لأن زمن الخيار كحالة العقد ، و( لا ) يلحق به ( ما ) زيد أو حط من الثمن ( بعدها ) أي مدة الخيار ، لأن الزيادة حينئذ هبة يشترط لها شروطها ، والنقصان إبراء ، فلا يثبت شيء منهما في حق الشفيع لكونه وجد بعد استقرار العقد ، أشبه ما لو وهب أحدهما الآخر عيناً أخرى ، ( وإن كان الثمن ) عن الشقص المشفوع ( مؤجلاً أخذه ) أي الشقص ( الشفيع بالأجل إن كان) الشفيع ( مليئاً وإلا ) بأن كان معسراً ( أقام ) الشفيع ( كفيلاً مليئاً ) بالثمن ( وأخذ ) الشفيع الشقص ( به ) أي بالثمن مؤجلاً ، لأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن وصفته والتأجيل من صفته ، واعتبرت الملاءة أو الكفيل دفعاً لضرر المشتري ، ( فلو لم يعلم ) الشفيع بالبيع ( حتى حل ) الثمن المؤجل ، ( فـ ) الثمن ( كالحال ) أي كما لو اشترى به حالاً ، ( وإن اختلفا ) أي الشفيع والمشتري ( في قدره ) أي الثمن بأن قال المشتري : اشتريته بثلاثين . وقال الشفيع : بل بعشرين مثلاً ، ( فالقول قول المشتري ) مع يمينه لأنه العاقد فهو أعلم بالثمن ، ولأن المبيع ملكه فلا ينزع منه بدعوى مختلف فيه ( إلا أن يكون للشفيع بينة ) والشفيع ليس بغارم ، لأنه لا شيء عليه ، وإنما يريد تملك الشقص بثمنه بخلاف غاصب ومتلف ، ( وإن أقام كل واحد منهما بينة ) بما ادعاه ( قدمت بينة الشفيع ) لأنها بمنزلة بينة الخارج .

( ولا تقبل شهادة البائع لواحد منهما ) أي الشفيع أو المشتري لأنه متهم ، ويقبل عدل وامرأتان وشاهد ويمين ، ( ويؤخذ بقول مشتر في جهله به ) أي بالثمن لأنه أعلم

---

(١) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الاستقراض ، باب إذا وجد ماله عند مفلسه ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب من أدرك ما باعه عند المشتري .

بنفسه ، ( فيحلف أنه لا يعلم قدره ) أي الثمن ، ( ولا شفعة ) لأنه لا يمكن الأخذ بغير ثمن ، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه إلا أن يفعل ذلك تحيلاً على إسقاطها فلا يسقط ، ( فإن أتهمه ) الشفيع ( أنه ) أي المشتري ( فعله حيلة ) لإسقاط الشفعة (حلفه) أنه لم يفعله حيلة ، ( وإن وقع ) ذلك ( حيلة دفع ) الشفيع ( إليه ) أي المشتري مثل (ما أعطاه ) للبائع إن علم ( أو قيمة الشقص ) إن تعذرت معرفة الثمن وهذا معنى قوله: ( فإن كان ) الثمن ( مجهولاً كصبرة نقد ونحوه ) كصبرة بر أو شعير ( وجوهرة ، دفع) الشفيع ( مثله ) أي مثل المثلى ( أو قيمته ) أي قيمة المتقوم إن علم ذلك ، ( فإن تعذر ) علمه لتلفه ونحوه ، ( فـ ) للشفيع الأخذ بـ ( قيمة الشقص ) حيث وقع ذلك حيلة ، (وتقدم بعضه ) في الباب ، ( وإن اختلفا ) أي الشفيع والمشتري ( في الغراس والبناء ) اللذين ( في الشقص ) المشفوع ، ( فقال المشتري : أنا أحدثته فأنكر الشفيع ) وقال : بل اشتريته مغروساً ومبنياً ، ( فقول المشتري بيمينه ، لأنه ملك المشتري والشفيع يريد تملكه عليه ، فلا يقبل منه إلا ببينة ، وإن أقاما بينتين قدمت بينة شفيع ، ( وإن قال المشتري : اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف ) لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ، فلم يستحق الرجوع بأكثر ، ( فإن قال المشتري : غلطت، أو نسيت، أو كذبت ) والبينة صادقة ( لم يقبل قوله ) لأنه رجوع عن إقراره بحق لآدمي ، فلم يقبل كما لو أقر له بدين ، ( وإن ادعى ) الشفيع ( أنك ) أيها الواضع يدك على الشقص ( اشتريته بألف ) فلي الشفعة، أحتاج إلى تحرير الدعوى ، فيحدد المكان الذي فيه الشقص ، ويذكر قدر الشقص وثمنه ، فإن اعترف لزمه ، وإن أنكر ، (فقال) واضع اليد : ( بل أتهبته أو ورثته ) فلا شفعة ، ( فالقول قوله مع يمينه ) أنه أتهبه، أو ورثه ، لأن الأصل معه والمثبت للشفعة البيع ولم يتحقق ، وإن قال : لا تستحق عليَّ شفعة ، فالقول قوله مع يمينه ، وهي على حسب جوابه ، ( فإن نكل ) المدعي عليه ( عنها ) أي اليمين ( أو قامت للشفيع بينة ) بدعواه ، ( فله أخذه ) أي الشقص بالشفعة، لأن البيع ثبت بالنكول لقيامه مقام الإقرار، أو بالبينة، وإذا ثبت تبعته حقوقه ، والأخذ بالشفعة من حقوقه ، ( و ) حينئذ يعرض عليه الثمن ، فإن أخذه دفع إليه وإلا فـ ( يبقى الثمن في يده ) يعني في ذمة الشفيع ( إلى أن يدعيه المشتري ) فيدفع إليه ، وكذا لو ادعى الشفيع أن واضع اليد اشتراه ، فأنكر وأقر البائع ، ويأتي ، ولو ادعى شريك على حاضر بيده نصيب شريكه الغائب : أنه اشتراه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه المدعي عليه أخذه منه ، وكذا لو ادعى الشريك على الحاضر أنه باع نصيب الغائب بإذنه فقال : نعم ، فإذا قدم الغائب فأنكر، حلف، وانتزع الشقص ، وطالب

بالأجرة من شاء منهما ، وقرار الضمان على الشفيع ، وإن أنكر واضع اليد أنه اشترى نصيب الغائب ، وقال : بل أنا وكيل في حفظه أو مستودع ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل احتمل أن يقضي عليه ، لأنه لو أقر لقضي عليه ، واحتمل ألا يقضي عليه ، لأنه قضاء على غائب بلا بينة ولا إقرار ، ذكره في المغني والشرح .

★ ★ ★



( بسم الله الرحمن الرحيم )[1]

ولا شفعة في بيع فيه خيار مجلس، أو خيار شرط ( قبل انقضائه ) أي الخيار، ( سواء كان الخيار لهما ) أي المتبايعين ، ( أو لأحدهما ) لما في الأخذ من إبطال خياره ، وإلزام المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه ، وإيجاب العهد عليه ، وتفويت حقه من الرجوع في عين الثمن إن كان الخيار له ، وتفويت حق البائع من الرجوع في عين المبيع إن كان الخيار له ، ( وبيع المريض ) ولو مرض الموت المخوف ( كبيع الصحيح في الصحة ) أي كون البيع صحيحاً ، ( وفي ثبوت الشفعة وغيرها ) من الأحكام المترتبة على البيع ، لأنه من مكلف رشيد ، لكن في المحاباة تفصيل يأتي بيانه في عطية المريض ، ( ويأخذ الشفيع الشقص ) المشفوع ( بما صح البيع فيه ) إذا كان فيه محاباه من المريض ، على ما يأتي ، ( وإن أقر بائع ببيع ) شقص مشفوع ، ( وأنكر مشتر ) شراءه ( وجبت الشفعة بما قال البائع ) من الثمن ، لأن البائع أقر بحقين : حق للشفيع ، وحق للمشتري ، فإذا سقط حق المشتري بإنكاره ثبت حق الشفيع ، كما لو أقر بدار لرجلين ، فأنكر أحدهما، ( فيأخذ الشفيع الشقص منه ) أي من البائع ، ( ويدفع ) الشفيع ( إليه الثمن إن لم يكن) البائع ( مقراً بقبضه ) من المشتري ، ( وإن كان ) البائع ( مقراً بقبضه ) أي الثمن ( من المشتري بقي في ذمة الشفيع إلى أن يدعيه المشتري ، وليس للشفيع ، ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه ) لعدم الحاجة إليه ، لوصول كل منهما إلى مقصوده بدون المحاكمة ، ( ومتى ادعى البائع ) الثمن دفع إليه ، ( أو ) متى ادعى (المشتري الثمن دفع إليه ، لأنه لأحدهما ، وإن ادعياه ) أي الثمن ( جميعاً ، فأقر المشتري بالبيع ، وأنكر البائع القبض ، فهو ) أي الثمن ( للمشتري ) فيأخذه من الشفيع وطلب البائع حينئذ على المشتري بالثمن ، ما لم يثبت دفعه إليه ، ( وعهدة الشفيع على المشتري ) لأن الشفيع ملك الشقص من جهة المشتري ، فهو كبائعه ، ( وعهدة المشتري على البائع ) لما ذكر ، ( إلا إذا أقر البائع وحده بالبيع ) وأنكر المشتري الشراء ، وأخذ

---

(١) هكذا في مخطوطة المسجد القصبي بطنطا في بداية الربع الثالث من الكتاب ، وهي بخط السيد حسن القصبي شيخ الإسلام ، وذكر أنه قرأها على المؤلف .

الشفيع الشقص من البائع ، ( فالعهدة عليه ) أي على البائع لحصول الملك للشفيع من جهته ، قاله الزركشي . والعمدة في الأصل كتاب الشراء ، ( والمراد بالعهدة هنا : رجوع من انتقل الملك إليه ) من شفيع أو مشتر ( على من انتقل عنه ) الملك من بائع، أو مشتر ( بالثمن ) ، أو الأرش عند استحقاق الشقص أو عيبه ) ، فإذا ظهر الشقص مستحقاً رجع الشفيع على المشتري بالثمن ، ثم المشتري على البائع ، وإن ظهر الشقص معيباً ، واختار الشفيع الإمساك مع الأرش ، رجع بالأرش على المشتري ، ثم المشتري على البائع لما تقدم ، ( فإن أبى المشتري قبض المبيع ) ليسلمه للشفيع ( أجبره الحاكم عليه ) أي على قبض الشقص ، لأن القبض واجب ، ليحصل حق المشتري من تسليمه ، ومن شأن الحاكم أن يجبر الممتنع ، ( وإن ورث اثنان شقصاً عن أبيهما ) أو أمهما، أو أخيهما ونحوه ، ( فباع أحدهما نصيبه ) للآخر أو غيره ، ( فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه)،أو أمه، أو أخيه ونحوه ، لأنهما شريكان حال ثبوت الشفعة ، فكانت بينهما ، كما لو تملكاها بسبب واحد ، ولأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته ، وهو موجود في حق الكل ، وكذا لو اشترى اثنان نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر، أو ورثاه، أو أتهباه، أو وصل إليهما بسبب ما من أسباب الملك ، فباع أحدهما نصيبه ، وهذه المسائل وشبهها داخلة فيما سبق من قوله : وهي بين شركاء على حسب أملاكهم ، ( ولا شفعة لكافر حين البيع ، أسلم بعد ) البيع ، ( أو لا ) أي لم يسلم ( على مسلم ) لقوله ﷺ : « لا شُفْعَةَ لِنَصْرَانِيٍّ » رواه الدارقطني في كتاب العلل ، وأبو بكر ، وفي إسنادهما بابل بن نجيح عن سفيان الثوري عن حميد عن أنس ، وبابل ضعفه الدارقطني وابن عدي ، ولأنه معنى يختص به العقار ، أشبه الاستعلاء في البنيان ( وتجب ) أي تثبت الشفعة ( فيما ) أي في شقص مشفوع ( ادعى شراءه لموليه ) أي محجوره ، لأن الشفعة حق ثبت لإزالة الضرر ، فاستوى فيه مطلق التصرف والمحجور عليه ، ويقبل إقرار وليه به ، كإقراره بعيب في مبيعه ، وكذا ما ادعى أنه اشتراه لفلان الغائب ، فإن الشفعة تثبت فيه ، ويأخذه الحاكم ويدفعه للشفيع والغائب على حجته إذا قدم ، وأما لو أقر المدعي عليه بمجرد الملك لمحجوره، أو موكله الغائب ، ثم أقر بالشراء بعد ذلك ، لم تثبت الشفعة حتى تقوم بالشراء بينة، أو يقدم الغائب ، أو ينفك الحجر عن المحجور ويعترفا بالشراء ، لأن الملك ثبت لهما بالإقرار ، وإقراره بالشراء بعد ذلك إقرار في ملك غيره ، فلم يقبل ، وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ، ولم يطالب ببيانه لأنه لا فائدة في الكشف عنه ، ذكره في المغني والشرح ، ( و ) تثبت الشفعة ( للمسلم ) على الكافر لعموم الأدلة ، لأنها إذا ثبتت

على المسلم مع عظم حرمته فلأن تثبت على الذمي مع دناءته أولى ، ( و ) تثبت الشفعة أيضاً ( لكافر على كافر ) لاستوائهما كالمسلمين ، ( ولو كان البائع ) للشقص المشفوع ( مسلماً ) لأن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري المساوي له لا من البائع ، ( ولو تبايع كافران بخمر أو خنزير ) أو نحوهما ، ( وتقابضا ) قبل إسلامهما ، أو ترافعهما إلينا ( لم ينقض البيع ) ، وكذا سائر تصرفاتهم ولا شفعة ، لأن الثمن ليس بمال وتقدم ، ( ولا شفعة لأهل البدع الغلاة على مسلم ) لما تقدم من أنه لا شفعة لكافر على مسلم ، وأهل البدع الغلاة ، ( كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة إلى النبي ﷺ ، وإنما أرسل إلى عليّ ونحوه ) كمن يعتقد ألوهية عليّ [(1)] ، لأنها إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى ، ( وكذا حكم من حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن ) ونحوه ، ويأتي في الشهادات قولهم : ويكفر مجتهدهم الداعية ، ( وتثبت ) الشفعة ( لكل من حكمنا بإسلامه منهم) أي من أهل البدع ، ( كالفاسق بالأفعال ) من زنا ولواط وشرب خمر ونحوه ، ( و ) تثبت الشفعة ( لكل من البدوي ) أي ساكن البادية ( والقروي ) أي ساكن القرى ( على الآخر ) لعموم الأدلة واشتراكهما في المعنى المقتضى لوجوب الشفعة ، ( ولم ير ) الإمام ( أحمد في أرض السواد شفعة ) لأن عمر وقفها ، ( وكذا الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمر ) بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ( كأرض الشام ، و ) أرض ( مصر ، وغيرها ، مما لم يقسم بين الغانمين ) قال في المغني والشرح : ( إلا أن يحكم ببيعها حاكم، أو يفعله ) أي بيعها ( الإمام أو نائبه ، فتثبت ) الشفعة ( فيه ) أي فيما حكم به الحاكم لو باعه الإمام، أو نائبه ، لأنه مختلف فيه ، وحكم الحاكم ينفذ فيه ، وفعله كحكمه ، قال الحارثي : ويخرج على القول بجواز الشراء ثبوت الشفعة ، لأنها فرع منه، ( ولا شفعة لمضارب على رب المال إن ظهر ربح ) لأنه يصير له جزء من مال

---

(١) إن الوصف الذي أطلقه المؤلف على من يخطئون جبريل أو يخونونه أو يؤلهون علياً أقول : إن هذا الوصف الذي أطلقه المؤلف عليهم وهو أنهم أهل بدع غلاة لا يناسب جرمهم ولا يتعادل مع ذنبهم ، وكان الأحرى به أن يكفرهم نصاً ، وصراحة لأنه لا فرق عندنا ولا في شريعتنا بين من يقول : إن الله هو المسيح عيسى ابن مريم وبين من يقول : إن الله هو عليّ بن أبي طالب والقرآن يقول : ﴿ لقد كفر الذين قالوا إن الله هو المسيح بن مريم ﴾ ، فالقائلون بألوهية عليّ يتساوون في الحكم مع القائلين بألوهية عيسى بنص القرآن ، ولذلك أرى أن القائلين بخطيء جبريل أو خيانته وبألوهية عليّ هم كفار وليسوا مسلمين ، والواجب أن تجري عليهم كل أحكام الكافرين ، ولا مصلحة للإسلام ولا للمسلمين في أن يظل هؤلاء مسلمين اسماً لا عقيدة لأن تركهم في مفاهيم هذا الشعار الإسلامي مهما ألصقنا بهم من نعوت ، أو أوصاف لا يمنع ضلالهم ولا ضررهم ، ولا يعود على الإسلام والمسلمين منهم أي خير .

المضاربة ، فلا تثبت له على نفسه ، ( وإلا ) أي وإن لم يظهر ربح ( وجبت ) الشفعة، لأنه أجنبي ( وصورته : أن يكون للمضارب شقص في دار ) تنقسم إجباراً ، ( فيشتري) المضارب ( من مال المضاربة بقيتها ) أي الدار ، ( ولا ) شفعة أيضاً ( لرب المال على مضارب ، وصورته : أن يكون لرب المال شقص في دار ، فيشتري المضارب من مال المضاربة بقيتها ) لأن الملك لرب المال ، فلا يستحق الشفعة على نفسه ، ( ولو بيع شقص ) مشفوع من عقار ( فيه شركة مال المضاربة ، فللعامل الأخذ ) أي أخذ الشقص (بها) أي بالشفعة للمضاربة ( إذا كان الحظ فيها ) أي في الشفعة أي في الأخذ بها ؛ كما لو كان ثمنه دون ثمن المثل ، لأنه بمظنة أن يربح ، ( فإن تركها ) أي ترك العامل الأخذ بالشفعة لرأي رآه من بيعه بأكثر من ثمن المثل ونحوه ، ( فلرب المال الأخذ ) بالشفعة ، لأن مال المضاربة ملكه ، والشركة في الحقيقة إنما هي له ، ( ولا ينفذ عفو العامل ) عن الشفعة ، لأن الملك لغيره ، أشبه العبد المأذون له في التجارة ، ( ولو باع المضارب من مال المضاربة شقصاً ) مشفوعاً ( في شركة نفسه ، لم يأخذ ) أي المضارب الشقص ( بالشفعة ) من نفسه ، ( لأنه ) أي المضارب ( متهم ) أشبه شراءه من نفسه ، وتثبت الشفعة للسيد على المكاتب ، لأن السيد لا يملك ما في يده ولا يزكيه ، ولهذا جاز أن يشتري منه ، بخلاف العبد المأذون له ، وإن كان عليه دين فلا شفعة لسيده عليه ، لأنه لا يصح شراؤه منه ، لأن ما بيده ملك لسيده ، كما تقدم في آخر الحجر .



# باب الوديعة

وهي فعيلة ، من ودع الشيء إذا تركه ، إذ هي متروكة عند المودع ، وقيل : مشتقة من الدعة ، فكأنها عند المودع غير مبتذلة للانتفاع . وقيل : من ودع الشيء إذا سكن ، فكأنها ساكنة عند المودع ، وشرعاً : ( اسم للمال ) أو المختص ، ككلب الصيد ( المودع ) -بفتح الدال- أي المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض ، فخرج بقيد « المال » أو « المختص » الكلب الذي لا يقتني والخمر ونحوهما مما لا يحترم ، وبقيد « المدفوع » ما ألقته الريح إلى دار من نحو ثوب ، وما أخذه بالتعدي ، وبقيد « الحفظ » العاري ، ونحوها وبقيد «عدم العوض» الأجير على حفظ المال ، وبما ذكرته تعلم ما في كلامه من القصور والدور. قال الأزهري : وسميت وديعه -بالهاء- لأنهم ذهبوا بها إلى الأمانة . انتهى .

والإجماع في كل عصر على جوازها ، وسنده قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَات إِلَى أَهْلِهَا ﴾ [(١)] مع السنة الشهيرة ، منها قوله ﷺ : « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلى مَنْ ائْتَمَنَكَ وَلا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » [(٢)] رواه أبو داود والترمذي وحسنه ، والمعنى يقتضيها لحاجة الناس إليها ، لأنه يتعذر عليهم حفظ أموالهم بأنفسهم ، ( والإيداع توكيل ) رب المال جائز التصرف ، ( في حفظه تبرعاً ) من الحافظ ، ( والاستيداع توكل ) جائز التصرف ( في حفظه ) أي حفظ مال غيره ( كذلك ) أي تبرعاً ( بغير تصرف ) في المال المحفوظ ، ومحترز تلك القيود علم مما قدمته، (ويكفي القبض قبولاً ) للوديعة كالوكالة ، ( وقبولها ) أي الوديعة ( مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة ) أي أنه ثقة قادر على حفظها ، لقوله ﷺ : « وَاللهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيه » [(١)] قال في المبدع : ويكره لغيره إلا برضا ربها . انتهى .

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

(٢) أخرجه الدارمي في كتاب البيوع ، باب في أداء الأمانة واجتناب الخيانة ، وأبو داود في السنن، كتاب البيوع ، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، والترمذي في السنن ، كتاب البيوع ، باب (٣٨) ، الحديث (١٢٦٤) ، وقال : « حسن غريب » ، والحاكم في المستدرك : ٤٦/٢ ، كتاب البيوع، باب أد الأمانة إلى من ائتمنك .

(٣) الحديث متفق عليه من رواية ابن عمر ، أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب المظالم ، باب لا يظلم المسلمُ المسلم ، وأخرجه مسلم في كتاب البر ، باب تحريم الظلم .

قلت : ولعل المراد بعد إعلامه بذلك إن كان لا يعلمه لئلا يغره ( هي ) أي الوديعة بمعنى العقد ( عقد جائز من الطرفين ) لأنها نوع من الوكالة ، ( فإن أذن المالك ) للمدفوع إليه المال ( في التصرف ) أي استعماله ، ( ففعل ) أي استعمله حسب الإذن (صارت عارية مضمونة ) كالرهن إذا أذن ربه للمرتهن في استعماله ، فإن لم يستعملها فهي أمانة ، لأن الانتفاع غير مقصود ولم يوجد ، فوجب تغليب ما هو المقصود ، (ويشترط فيها ) أي الوديعة ( أركان وكالة ) أي ما يعتبر في الوكالة من البلوغ، والعقل والرشد ، ( وتنفسخ ) الوديعة ( بموت ) أحد المتعاقدين ( وجنون ـ ) ـه ، ( و ) بـ ( عزل مع علمه ) بالعزل ، فإن عزلها ربها ولم يعلم المودع بذلك لم ينعزل لعدم الفائدة فيه ، إذ المال بيده أمانة لا ينصرف فيه ، بخلاف الوكيل ، ( وهي ) أي الوديعة ( أمانة ) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ [١] .

( لا ضمان عليه ) أي المودع ( فيها ) أي الوديعة لما روي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال : مَنْ أودعَ وَدِيعَةً فَلا ضَمَانَ عَلَيْه » [٢] رواه ابن ماجة ، ولأن المستودع يحفظها لمالكها ، فلو ضمنت لامتنع الناس من الدخول فيها ، وذلك مضر، لما فيه من مسيس الحاجة إليها ، ( إلا أن يتعدى ) الوديع ( أو يفرط ) أي يقصر في حفظ الوديعة فيضمنها ، لأن المتعدي متلف لمال غيره فضمنه ، كما لو أتلفه من غير إيداع ، والمفرط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها ، ( فإن عزل ) الوديع ( نفسه ، فـ ) ـقد انعزل ، لأنها جائزة ، أشبه ما لو عزله ربها ، و( هي ) أي الوديعة ( بعده ) أي بعد عزله نفسه ( أمانة ، حكمها ) ما دامت ( في يده حكم الثوب الذي أطارته الريح إلى داره ) لأنه لم يتعد بوضع يده عليها ، وإذن ربها له في حفظها بطل بعزله نفسه (يجب ) عليه ( رده ) إلى ربه فوراً مع التمكن ، لعدم إذن ربه في بقائه بيده .

( فإن تلف ) المال المودع عند الوديع بعد عزله نفسه أو الثوب الذي أطارته الريح إلى داره ( قبل التمكن من رده فهدر ) لا ضمان فيه ، وفهم منه ؛ أنه إن تلف بعد تمكنه من رده أنه يضمنه ، لأنه متعد بإمساكه فوق ما يتمكن فيه من الرد ، ( وإن تلفت ) الوديعة، ( ولو لم يذهب ) أي يتلف ( معها شيء من ماله ) أي الوديع ( لم يضمن ) الوديع الوديعة لعموم ما سبق وما روى سعيد : حدثنا هشيم أخبرنا حميد الطويل عن أنس أن

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/٨٠٢ ، كتاب الصدقات ، باب الوديعة ، الحديث (٢٤٠١) ، وفي الزوائد هذا إسناد ضعيف لضعف المثني والراوي عنه .

عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه « ضَمَّنَهُ وَدِيعَةً ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ » محمول على التفريط من أنس في حفظها ، فلا منافاة ( إلا أن يتعدى ) الوديع ( أو يفرط في حفظها) أى الوديعة فتتلف ، فيضمنها لما تقدم .

( وإن شرط ) رب الوديعة ( عليه ) أي الوديع ( ضمانها ) أي الوديعة لم يصح الشرط ، ولا يضمنها الوديع ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح وتقدم ، ( أو قال ) الوديع : ( أنا ضامن لها ) أي الوديعة ( لم يضمن ) ما تلف بغير تعد أو تفريط لأن ضمان الأمانات غير صحيح ، وتقدم فلذلك قال : ( وكذلك كل ما أصله الأمانة ) كالرهن والعين المؤجرة والموصي بنفعها ونحوها لا يصح شرط ضمانها لما تقدم .

( ويلزمه ) أي الوديع ( حفظها ) أي الوديعة ( بنفسه أو وكيله ، أو من يحفظ ماله ، كزوجة وعبد ، كما يحفظ ) الوديعة ( ماله في حرز مثلها عرفاً ، كحرز سرقة ) لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلى أَهْلِهَا ﴾ [1] ، ولا يمكن ذلك إلا بالحفظ كما ذكر . قال في الرعاية : من استودع شيئاً حفظه في حرز مثله عاجلاً مع القدرة ، وإلا ضمن ( إن لم يعين ربها حرزاً ) فإن عينه تعين هو أو مثله ، ويأتي ( فإن لم يحرزها ) الوديع ( في حرز مثلها ) مع عدم التعيين ضمنها ، لأنه مفرط ، ( أو سعي) الوديع ( بها إلى ظالم ، أو دل ) الوديع ( عليها لصاً فأخذها ) اللص ( ضمنها ) الوديع لتعديه أو تفريطه ، ( وإن وضعها ) الوديع ( في حرز مثلها ثم نقلها ) الوديع (عنه إلى حرز مثلها ، ولو كان ) المنقول إليه ( دون ) الحرز ( الأول لم يضمن ) الوديع الوديعة ، لأن صاحبها رد حفظها إلى اجتهاده ، ولم يحصل منه تفريط ، ( ولو كانت العين ) المقصود حفظها ( في بيت صاحبها ، فقال ) صاحبها ( لرجل ، بأجرة أو ) بـ (بلا) أجرة ( أحفظها في موضعها فنقلها ) المستحفظ ( عنه ) أي عن موضعها ( من غير خوف ضمنها ، لأنه ليس بمودع ) -بفتح الدال- ( إنما هو وكيل في حفظها في موضعها) فهو متعد بنقلها ، لأنه غير مأذون فيه ، ( إلا أنه يخاف ) المستحفظ ( عليها ) التلف ، ( فعليه إخراجها ) لأنه من حفظها في هذه الحالة .

( وإن عين صاحبها ) أي الوديعة ( حرزاً فجعلها ) المودع ( في ) حرز ( دونه ضمن ) الوديع ( سواء ردها ) المودع ( إليه ) أي إلى الحرز الذي عينه صاحبها ( أو لا ) لأنه خالفه في حفظ ماله ، ( وإن أحرزها بمثله ) أي بحرز مثل الذي عينه صاحبها في الحفظ، ( أو ) بحرز ( فوقه ) أي أحرز منه ، كلبس خاتم في خنصر فلبسه في بنصر لا

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

عكسه ( لم يضمن ) الوديع ، ( ولو ) أخرجها ( لغير حاجة ) لأن تعيينه الحرز إذن فيما هو مثله ، كمن اكترى لزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ، فما فوقه من باب أولى ، ( وإن نهاه ) أي نهى صاحب الوديعة المودع ( عن إخراجها فأخرجها ) الوديع (لغشيان نار ، أو ) غشيان ( سيل ، أو ) غشيان ( شيء الغالب فيه التوى ) بالمثناة الفوقية أي الهلاك ، ( ويلزمه ) أي الوديع إخراج الوديعة ، ( إذن ) أي عند غشيان شيء الغالب منه الهلاك كالنهب ( لم يضمن ) الوديع الوديعة إن تلفت إذن ( إن وضعها ) الوديع ( في حرز مثلها ، أو ) في حرز ( فوقه ) لأن حفظها نقلها ، وتركها يضيعها ، ( فإن تعذرا ) أي حرز مثلها وما فوقه عند غشيان ما الغالب منه الهلاك ، (وأحرزها) الوديع ( في دونه ) في هذه الحال ، ( فلا ضمان ) على الوديع ، لأن إحرازها به إذن أحفظ لها من تركها بمكانها ، وليس في وسعه حينئذ سواه .

( وإن تركها ) أي ترك الوديع الوديعة في الحرز الذي عينه ربها مع غشيان ما الغالب منه الهلاك ، ( فتلفت ضمنـ ) ـها الوديع ، ( سواء تلفت بالأمر المخوف أو غيره ) لأنه مفرط به ، ( وإن أخرجها ) أي الوديعة من المكان الذي عينه ربها ونهاه عن إخراجها منه ( لغير خوف ، ويحرم إخراجها ) إذن ( ضمن ) الوديع الوديعة ، ( ولو ) أخرجها ( إلى حرز مثلها ، أو ) حرز ( فوقه ) لأنه خالف ربها لغير فائدة ، فكان متعدياً بذلك، بخلاف ما إذا لم ينهه كما تقدم قريباً .

وإذا أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها وتلفت ، فادعى الوديع أنه أخرجها لغشيان شيء الغالب منه الهلاك ، وأنكر صاحبها وجوده ، فعلى الوديع البينة أنه كان في ذلك الموضع ما ادعاه ، لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه لظهوره ، فإذا ثبت قبل قوله في التلف به بيمينه ، ( وإن ) عين رب الوديعة حرزاً ، و( قال ) للوديع : ( لا تخرجها ) من ذلك الحرز ، ( وإن خفت عليها فأخرجها عند الخوف ) فتلفت لم يضمنها ، لأنه زيادة خير وحفظ ، ( أو تركها ) عند الخوف فتلفت ( لم يضمنـ ) ـها الوديع ، لأنه ممتثل أمر صاحبها ، كما لو قال له : أتلفها فأتلفها ، والحكم في إخراجها من الخريطة ، أو الصندوق كالحكم في إخراجها من البيت فيما تقدم تفصيله .

( وإن أودعه بهيمة ولم يأمره ) ربها ( بعلفها ، و) لا ( سقيها ) لزمه ذلك ، لأنه من كمال الحفظ ، بل هو الحفظ بعينه ، لأن العرف يقتضي علفها وسقيها فهو مأمور به عرفاً ، ( أو أمره ) رب البهيمة ( بذلك ) أي بعلفها وسقيها ( لزمه ) علفها وسقيها لأنه من حفظها، ( فإن لم يعلفها ) الوديع، أو لم يسقها ( حتى ماتت ) البهيمة المودعة جوعاً أو عطشاً ( ضمنـ ) ـها الوديع لتفريطه في حفظها وتعديه بترك ما أمر به عرفاً أو نطقاً ،

( إلا أن ينهاه ) أي الوديع ( المالك عن علفها ) أو سقيها فيتركه فتتلف ، ( فلا يضمن) الوديع ( لأن مالكها أذنه في إتلافها ، أشبه ما لو أمره بقتلها ، ( لكن يأثم ) الوديع بترك علفها وسقيها حتى مع الأمر بتركهما لحرمة الحيوان ، ( وإن قدر المستودع على صاحبها ) أي البهيمة ( عليه ) أي على مالكها أو وكيله ، ( أو ) طالبه بأن ( يأذن له في الإنفاق عليها ليرجع ) الوديع ( به ) أي بما أنفقه ، لأن النفقة على الحيوان واجبة على مالكه ، وهذه طريق الوصول إليها منه ، ( فإن عجز ) المستودع ( عن صاحبها ، و) عجز عن ( وكيله ) أو لم يقدر على أن يتوصل إلى أحدهما ليطالبه بالإنفاق عليها، أو استردادها، أو أن يأذنه في النفقة ( رفع ) المستودع ( الأمر إلى الحاكم فإن وجد ) الحاكم (لصاحبها ما لا أنفق عليها منه ) لأن للحاكم ولاية على مال الغائب ، ( وإن لم يجد ) الحاكم لصاحبها ما لا ( فعل ) الحاكم ( ما يرى فيه الحظ ) أي ما يؤديه إليه اجتهاده أنه أحظ ( لصاحبها من بيعها ) وحفظ ثمنها لربها ، ( أو بيع بعضها وإنفاقه ) أي ثمن البعض ( عليها ) أي على ما بقي منها ، ( أو إجارتها ) وينفق من أجرتها عليها ويحفظ الباقي ، ( أو الاستدانة على صاحبها فيدفعه ) أي ما يستدينه الحاكم ( إلى المودع ، أو ) إلى أمين ( غيره فينفق ) المدفوع إليه ( عليها ) منه بحسب الحاجة ، ( ويجوز ) للحاكم ( أن يأذن للمودع أن ينفق عليها من ماله ليرجع على ربها إذا جاء ، ( ويكون المودع ) حينئذ ( قابضاً من نفسه ) لما ينفقه عليها ( لنفسه ) وتقدم نظيره في قبض المبيع ونحوه ، ( ويكل ) أي يفوض الحاكم ( ذلك إلى اجتهاده ) أي المودع ( في قدر ما ينفق ) على البهيمة المودعة مع أمانته .

قلت : والأحوط أن يقدر له ما ينفقه قطعاً للنزاع بعد ، ( ويرجع ) المستودع ( به ) أي بما أنفقه بإذن الحاكم ( على صاحبها ) لقيام إذن الحاكم مقام إذن .

( فإن اختلفا ) أي المودع وربها ( في قدْر النفقة ) بأن قال المودع : أنفقت عشرة ، وقال ربها : بل ثمانية، ( فـ ) القول ( قول المودع ) -بفتح الدال- بيمينه (إذا ادعى النفقة بالمعروف ) لأنه أمين ، ( وإن ادعى ) المودع ( زيادة ) عن النفقة بالمعروف، أو عما قدره له الحاكم إن قدر شيئاً ( لم تقبل ) دعواه لمنافاة العرف لها ، ( وإن اختلفا ) أي رب البهيمة والمودع ( في قدر المدة ) أي مدة الإنفاق ، بأن قال ربها : أنفقت منذ سنة ، فقال المستودع : بل من سنتين ، ( فقول صاحبها ) بيمينه ، لأن الأصل براء ذمته مما ادعاه عليه من المدة الزائدة ، وتقدم نظيره في ولي اليتيم ، ( وإذا أنفق ) المستودع ( عليها بإذن حاكم رجع به ) أي بما أنفقه لما مر ، ( وإن كان ) المستودع أنفق ( بغير إذنه ) أي الحاكم ( مع تعذره ) أي إذن الحاكمْ وغيبة ربها أو العجز عن استئذانه ، ( وأشهد )

المستودع ( على يالإنفاق ) أي على أنه أنفق ليرجع ( رجع ) بما أنفقه على صاحبها لقيامه عنه بواجب ، ( وإن كان ) المستودع أنفق على البهيمة ( مع إمكان إذن الحاكم ولم يستأذنه ) أي الحاكم مع العجز عن استئذان ربها ، ( بل نوى الرجوع لم يرجع ) على صاحبها بشيء مما أنفقه ، صححه هنا في الإنصاف لعدم إذن ربها ، أو من يقوم مقامه مع قدرته عليه ، ( وقيل : يرجع ) المستودع بما أنفقه عليها على ربها إذا تعذر استئذانه ، ولو لم يستأذن حاكماً مع قدرته ولم يشهد ، ( اختاره جمع ) منهم ابن عبدوس في تذكرته ، وجزم به في المنتخب ، وصححه الحارثي ، وصاحب الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير والفائق . قال في الإنصاف : وهو الصواب . انتهى ، وجزم به المصنف ، وصاحب المنتهي وغيرهما في الرهن ، وقطع به ابن رجب في القاعدة الخامسة والسبعين [1] كما دل عليه السياق ، فلا تعارض بين الكلامين ، لكن لا يناسبه قوله : وتقدم في الرهن إلا أن يحمل ما هنا على ما إذا لم ينهه عن علفها ، وما هناك على ما إذا نهاه عنه ، (وتقدم في الرهن ، ومتى أودعه ) إنسان وديعة ، ( وأطلق ) فلم يأمره بوضعها في شيء بعينه، ( فتركها ) المستودع ( في جيبه ) أي إذا كان مزروراً أو أضيق الفم ، فإن كان واسعاً أو غير مزرور ضمن ، ذكره المجد في شرحه .

( أو ) في ( يده، أو شدها في كمه، أو ) شدها في ( عضده، أو ترك ) المستودع (في كمه ) مودعاً ( ثقيلاً ) بحيث يشعر به إذا سقط ( بلا شد ) لم يضمنه ، حيث لم يعين ربه حرزاً لجريان العادة به ، ( أو تركها ) أي ترك المستودع الوديعة ( في وسطه وأحرز ) أي شد ( عليها سراويله لم يضمن ) أن ضاعت ، لأنه لا يعد مفرطاً ، وفي الفصول : إن تركها في رأسه، أو غرزها في عمامته، أو تحت قلنسوته احتمل أنه حرز ، ( وإن عين ) رب الوديعة ( جيبه ) بأن قال للمستودع : اجعلها في جيبك ( ضمن ) المستودع الوديعة إن ضاعت ، وقد جعلها ( في يده أو ) في ( كمه ) لأن الجيب أحرز ، وربما نسي فسقطت من يده أو كمه ، و( لا ) يضمن في ( عكسه ) بأن عين يده، أو كمه فجعلها في جيبه لأنه أحرز .

( وإن قال ) رب الوديعة للمستودع : ( اتركها في كمك فتركها في يده ) ضمنها ، لأن اليد يسقط منها الشيء بالنسيان بخلاف الكم ، ( أو عكسه ) بأن قال : اتركها في يدك فتركها في كمه ( ضمن ) ، لأن الكم يتطرق إليه البسط بخلاف اليد ، فكل منهما أدنى من الآخر من وجه ، فضمن لمخالفته . وقال القاضي : اليد أحرز عند المغالبة

---

(١) راجع القواعد لابن رجب (ص١٤٣ - ١٤٨) ، طبع الكليات الأزهرية .

والكم أحرز عند عدمها ، ( كما ) يضمن المستودع ( لو جاءه ) رب الوديعة ( بها في السوق وأمره ) رب الوديعة ( بحفظها ببينة فتركها ) المستودع ( عنده ) إلى مضيه ( إلى منزله ) أو فوق ما يمكنه الذهاب بها فتلفت قبل أن يمضي بها إلى بيته ، لأن البيت أحفظ وتركها فوق ما يذهب بها تفريط ، ( وإن أمره ) رب الوديعة ( أن يجعلها في صندوق ، وقال ) رب الوديعة للمستودع : ( لا تقفل عليها ) الصندوق ، ( ولا تنم فوقها فخالفه ) وقفل عليها أو نام عليها ، فلا ضمان عليه لأنه محسن ، ( أو قال ) اجعلها في صندوق ، و( لا تقفل عليها إلا قفلاً واحداً ، فجعل عليها قفلين ، فلا ضمان عليه ) لما تقدم ، ( وإن قال ) رب الوديعة : ( اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً ، فـ ) جعلها في البيت ، و( أدخل إليه قوماً فسرقها أحدهم حال إدخالهم أو بعده ضمنها) لأن الداخل ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول إليها فسرقها ، وإن كان السارق من غيرهم أو كان التلف بحرق أو غرق ، ففي الضمان وجهان :

**أحدهما** : لا يضمن ، اختاره القاضي ، وقال في المبدع : إنه أصح .

**والثاني** : يضمن ، اختاره ابن عقيل والموفق ، ومال إليه الشارح ، وجزم به في المنتهى لمخالفته .

( وإن أودعه خاتماً وقال ) ربه للمستودع : ( اجعله في الخنصر فلبسه ) المستودع ( في البنصر لم يضمن ) الخاتم إن ضاع ، لأن البنصر أغلظ ، فهي أحرز ( لكن إن انكسر ) الخاتم ( لغلظها ) أي البنصر ضمن ، لأنه أتلفه بما لم يأذن فيه مالكه ، ( أو جعله ) أي الخاتم ( في أنملتها ) أي البنصر ( العليا ضمن ) لأنه دنى من المأمور به ، وعبارة الإنصاف : ولم يدخل في جميعها ، فجعله في بعضها ضمن ، ( وإن قال : اجعله في البنصر ، فجعله في الخنصر ) ضمن لأنه دون المأمور به ، ( أو ) قال : اجعله في البنصر فجعله ( في الوسطى ولم يدخل ) الخاتم ( في جميعها ضمن ) لما تقدم ، ( ولو أمره ) رب الوديعة ( أن يجعلها في منزله فتركها ) المستودع ( في ثيابه ) ولو شدها فيها ( وخرج بها ضمنها ) لأن البيت أحرز .



## فصل

وإن دفع المستودع الوديعة إلى من يحفظ ماله ، أي المستودع عادة ، ( أو ) دفعها إلى من يحفظ ( مال ربها عادة ، كزوجته وعبده وخادمه ونحوهم ) كخازن ( لم يضمن )

المستودع إن تلفت ، لأنه قد وجب عليه حفظها ، فله توليه بنفسه وبمن يقوم مقامه ، ولقيامه ، ولقيامهم مقام ذلك في الرد ، ( كوكيل ربها ) وكما لو كانت الوديعة ماشية فدفعها للراعي أو لغلامه ليسقيها ، ( ولو دفعها ) أي دفع المستودع الوديعة ( إلى الشريك ) ربها في غيرها ، أو فيها ، أو دفعها المستودع إلى شريكه نفسه ( ضمن ) المستودع الوديعة إن تلفت ( كالأجنبي المحض ) الذي ليس بشريك ، أما شريكا العنان، فإن جاز إيداع أحدهما ، فالظاهر أنه لا ضمان على المستودع في الرد للآخر على ما تقدم في الشركة ، والعين لاثنين إذا أودعاها ليس للمستودع الرد على أحدهما إلا بإذن الآخر، فإن فعل ضمن حصته ، ( وله ) أي المستودع ( الاستعانة بالأجانب في الحمل والنقل ) أي في حمل الوديعة ونقلها من موضع إلى آخر ، حيث جاز لجريان العادة به ، ( و ) له الاستعانة بالأجانب أيضاً في ( سقي الدابة ) المودعة ، ( وعلفها ) لأن الإنسان يفعل ذلك في ماله ، فكذا في الوديعة ، ( وإن دفعها ) أي دفع المستودع الوديعة ( إلى أجنبي) لعذر لم يضمن ، ( أو ) دفع الوديعة إلى ( حاكم لعذر ) كمن حضره الموت أو أراد سفراً وخاف عليها ( لم يتعد ولم يفرط ، ( ولا ) بأن دفعها لأجنبي أو حاكم بلا عذر (ضمن) المستودع الوديعة لتعديه ، لأن المستودع ليس له أن يودع بلا عذر . قال في المبدع: ولعله غير ظاهر في الحاكم . انتهى ، وفيه نظر ، إذ الحاكم لا ولاية له على مكلف رشيد حاضر ، ( وللمالك ) أي مالك الوديعة ( مطالبته ) أي المستودع ببدل الوديعة ، لأنه صار ضامناً بنفس الدفع والإعراض عن الحفظ ، ( و ) لمالك الوديعة أيضاً ( مطالبة الثاني ) وهو القابض من المستودع ، لأنه قبض ما ليس له قبضه ، أشبه المودع من الغاصب ، ( ولو كان ) الثاني ( جاهلاً بالحال ) بأن لم يعلم أنها وديعة لا عذر للمستودع في إيداعها ، ( ويستقر عليه ) أي الثاني ( الضمان إن كان عالماً ) بأنها وديعة لا عذر في إيداعها ، فإن ضمنه المالك ابتداء لم يرجع على المستودع ، وإن ضمن المستودع رجع عليه ، لأن التلف وجد في يده ولا تغرير ، ( وإلا ) يكن عالماً بأنها وديعة لا عذر في إيداعها ، ( فلا ) يستقر عليه الضمان بل على المستودع ، فإن ضمن المالك المستودع ابتداء لم يرجع عليه ، وإن ضمنه رجع على المستودع لأنه غره ، ( وإن أراد ) المستودع ( سفراً، أو خاف عليها عنده فله ) أي المستودع ( ردها على مالكها الحاضر أو من يحفظ ماله عادة ) كزوجته، وعبده، وخازنه ، ( و ) ردها إلى ( وكيله ) أي وكيل رب الوديعة ( في قبضها إن كان ) لربها وكيل في قبضها أو قبض حقوقه ، لأن في ذلك تخليصاً له من دركها ، ومقتضاه : أنه إذا دفعها إلى الحاكم إذن يضمن ، لأنه لا ولاية له على الحاضر ، ويلزمه مؤنة الرد لتعديه ، ( وله ) أي المستودع ( السفر بها والحالة

هذه) أي وربها حاضر ( إن لم يخف ) المستودع ( عليها، أو كان ) السفر ( أحفظ لها ) من إبقائها ، ( ولم ينهه ) رب الوديعة عن السفر بها . قال في المبهج والموجز : والغالب السلامة ، فعلى هذا لا يضمنها إن تلفت معه ، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لا ، لأنه نقلها إلى موضع مأمون ، فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد ، وكأب ووصي لا كمستأجر لحفظ شيء ، ( وإن لم يجد من يردها عليه منهم ) أي من المالك ومن يحفظ ماله ووكيله ( حملها ) المستودع ( معه في سفره إن كان ) السفر ( أحفظ لها ولم ينهه ) ربها عن السفر بها ، ( ولا ضمان ) على المستودع إذا سافر بها مع كونه أحفظ ولم ينهه ، ( وإلا ) بأن كان السفر ليس أحفظ ولو استوى الأمران ، ( فلا ) يسافر بها ، فإن فعل ضمن ، ( وإن نهاه ) أي نهى رب الوديعة المستودع عن السفر بها ( امتنع ) عليه السفر بها ( وضمن ) إن سافر بها وتلفت للمخالفة ( إلا أن يكون السفر بها لعذر ، كجلاء أهل البلد، أو هجوم عدو، أو حرق، أو غرق فلا ضمان ) عليه إذا سافر بها وتلفت ، لأنه موضع حاجة ، فإن تركها إذن وتلفت ، فمقتضى ما صححه في الإنصاف : يضمن حيث ترك الأصلح ، ( ولو أودع ) رب وديعة ( مسافر فسافر ) أي سافر المستودع ( بها وتلفت بالسفر ، فلا ضمان عليه ) لأن إيداع المالك في هذه الحالة يقتضي الإذن في السفر بالوديعة ، فإن هجم قطاع الطريق عليه ) أي على المسافر بوديعة، حيث جاز له السفر بها ، ( فألقى المتاع ) المودع ( إخفاء له وضاع ، فلا ضمان عليه ) لأن هذا عادة الناس في حفظ أموالهم ، ( فإن خاف ) المستودع ( المقيم عليها ) أي الوديعة ( إذا سافر بها ولم يجد ) المستودع ( مالكها ) ولا من يحفظ ماله عادة ، ( ولا وكيله ) في قبضها ( دفعها ) المستودع ( إلى الحاكم ) المأمون ، لأن في السفر بها غرراً ، لأنه عرضة للنهب وغيره ، ولأن الحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته . وظاهره : أنه إذا أودعها مع قدرته على الحاكم أنه يضمنها ، ( فإن تعذر ذلك ) أي دفعها إلى الحاكم المأمون ( أودعها ) المستودع ( ثقة ) لفعله ﷺ « لَمَّا أَرَادَ أَنْ يُهَاجِرَ أَوْدَعَ الْوَدَائِعَ الَّتِي كَانَتْ عِنْدَهُ لأمِّ أَيْمَنَ ، وَأَمَرَ عَلِياً رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنْ يَرُدَّهَا إلى أَهْلِهَا » ، ( أو دفنها ) أي دفن المستودع الوديعة ( إن لم يضرها الدفن ، وأعلم ) المستودع ( بها ) أي بالوديعة المدفونة ( ثقة يسكن تلك الدار ) التي دفنها بها ، ( فيكون ) الدفن وإعلام الثقة الساكن (كإيداعه ) لأن الحفظ يحصل به ، ( فإن دفنها ) المستودع ( ولم يعلم بها أحداً ، أو ) دفنها ، و( أعلم بها غير ثقة ، أو ) أعلم بها ( من لا يسكن الدار ولو ثقة ضمنها ) لأنه فرط في الحفظ ، لأنه إذا لم يعلم أحداً قد يموت في سفره، أو يضل عن موضعها فلا تصل لربها ، وإذا أعلم غير ثقة ربما أخذها ، ومن لا يسكن الدار لا يتأتى حفظه ما فيها

وكذا لو كان الدفن يضرها ، ( وحكم من حضرته الوفاة ) وعنده وديعة ( حكم من أراد سفراً في دفعها إلى الحاكم أو ثقة ) أو دفنها ، وإعلام ساكن ثقة إن لم يجد ربها ولا من يحفظ ماله عادة ولا وكيله ، لأنه موضع حاجة ، ( والودائع التي جهل ملاكها يجوز) للمستودع ( أن يتصدق بها بدون ) إذن ( حاكم ) وأن يدفعها إلى الحاكم ، (وكذلك إن فقد مالكها ولم يطلع على خبره وليس له ورثة ) ، فيجوز للمستودع أن يتصدق بالوديعة بنية غرمها إذا عرفه، أو عرف وارثه ، وأن يدفعها للحاكم ، ( وتقدم نظير ذلك في ) باب ( الغصب ، و) في آخر باب ( الرهن ) مفصلاً ، ( و ) تقدم أيضاً ( أنه يلزم الحاكم قبول ذلك ) أي ما ذكر من الغصب والرهن والوديعة ، وكذا نحوها (إذا دفع إليه) أي دفع ذلك إلى الحاكم من هو بيده من غاصب، ومرتهن، ووديع ونحوهم، ( وإن تعدى ) الوديع ( فيها ) أي في الوديعة ( بانتفاعه ) بها، (فركب) الوديع ( الدابة ) المودعة ( لغير نفعها ) أي علفها وسقيها ، و( لبس الثوب ) المودع لا لخوف عث ونحوه ، ( أو أخرجها لا لإصلاحها كـ ) أن أخرجها ( لنفاقها [1] ، أو ) أخرجها ( ليخون فيها ، أو ) أخرجها ( شهوة إلى رؤيتها ثم ردها ) إلى حرزها ( بنية الأمانة ) بطلت، وضمن لتصرفه في مال غيره بغير إذنه ، ( أو كسر ) الوديع ( ختم كيسها ) أي الوديعة ، ( أو كانت ) الوديعة ( مشدودة فحل ) الوديع ( الشد ، أو ) كانت ( مصرورة في خرقة ففتح ) الوديع ( الصرة ) أو مقفولة فأزاله ، ضمن سواء أخرج منها شيئاً أو لا ، لهتكه الحرز بفعل تعدي فيه ، ( أو جحدها ) أي الوديعة ، (ثم أقربها ) ضمن لأنه يجحدها خرج عن الاستئمان عنها ، فلم يزل عنه الضمان بالإقرار بها ، لأن يده صارت يد عدوان أو منعها بعد طلب طالبها شرعاً ) بأن طلبها مالكها، أو وليه، أو وكيله الثابتة وكالته بالبينة ، ( و ) بعد ( التمكن من دفعها ) إلى ذلك الطالب ضمن ، لأن يده عادية إذن بمنعها ( أو خلطها بما لا تتميز منه ) كزيت بزيت أو شيرج ، ودراهم بدراهم ، ( ولو كان التعدي ) بشيء مما سبق ( في إحدى عينين ) مودعتين ، وكان فعل ما تقدم ( بغير إذنه ) أي المالك ( بطلت ) الوديعة ، (وضمن) المستودع لأنه صيّرها في حكم التالف وفوت على نفسه ردها ، أشبه ما لو ألقاها في بحر، وسواء خلطها بماله، أو مال غيره مثلها، أو دونها، أو أجود. في الرعاية: إذا خلط إحدى وديعتي زيد بالأخرى بلا إذن وتعذر التمييز فوجهان ، (ويأتي بعضه في الباب ، ( ولا تعود وديعة ) بعد التعدي فيها بشيء مما سبق ( إلا بعقد ) وديعة (جديد) لبطلان الاستئمان بالعدوان ، ( و ) حيث بطلت الوديعة ( وجب الرد فوراً )

---

(١) مراده الهلاك ، فإن كلمة نفق في اللغة بمعنى : هلك أو مات .

لأن يده صارت عادية كالغاصب ، ( وإن خلطها غيره ) أي خلط الوديعة غير المستودع بما لا تتميز منه ، ( فالضمان عليه ) أي الخالط دون المستودع ، لوجود العدوان من الخالط، ( ومتى جدد ) المستودع ( استئماناً ) بريء ، فإن تلفت بعد لم يضمن ، لأنه لم يتعد في الاستئمان الذي تلفت فيه ، والأول قد زال ، ( أو أبرأه ) المالك ( من الضمان ) بتعديه ( بريء ) المستودع ، فلا يضمنها إن تلفت بعد ، لأنه ممسكها بإذن ربها وزال حكم التعدي بالبراءة .

( ولا يضمن ) المستودع ( بمجرد نية التعدي ) في الوديعة ( إذا تلفت ) الوديعة بلا تعد ولا تفريط ، بخلاف الملتقط نوى التملك . والفرق : أن الإيداع عقد والنية ضعيفة فلا تزيله ، بخلاف الالتقاط ، ( وإن خلطها ) أي الوديعة مستودع ( بمتميز كدراهم بدنانير ، أو دراهم بيض بسود ) أو بر بشعير أو عدس ، لم يضمن لإمكان التمييز ، فلا يعجز بذلك عن ردها ، فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق فيه أكياس له ، ( أو اختلط ) مودع ( غير متميز ) كبر ببر ، أو دقيق بدقيق ( بغير تفريط منه ) فلا ضمان ، فإن ضاع البعض جعل من مال المودع في ظاهر كلام أحمد ، ذكره المجد في شرحه ، وذكر القاضي في الخلاف أنهما يصيران شريكين . قال المجد : ولا يبعد على هذا أن يكون الهالك منهما ، ذكره في القاعدة الثانية والعشرين ، ( أو ركب ) المستودع ( الدابة) المودعة ( لعلفها، أو سقيها ) لم يضمن ، لأنه مأذون فيه عرفاً ، ( أو لبس ) المستودع (الثوب) من نحو صوف خوفاً عليه من عُثٍّ ) جمع عثة -بضم المهملة- سوسة تلحس الصوف ، ( ونحوه ) بأن كانت فرشاً ونحوها ففرشها لخوف من عث ، أو كانت آلة صناعة من خشب فاستعملها لخوف من الأرضة ، ( لم يضمن ) لأنه محسن ، ( وإن أخذ ) المستودع ( درهماً ) بلا إذن من وديعة غير مختومة ولا مشدودة ولا مصرورة ، (ثم رده ) وتلف ضمنه وحده ، ( أو ) أخذ منها درهماً ، ثم رد ( بدله متميزاً ) وضاعت ضمنه وحده ، ( أو أذن ) المالك ( له ) أي المستودع ( في أخذه ) درهماً ( منها ) فأخذه ( ورد ) المستودع ( بدله بلا إذن فضاع الكل ضمنه ) أي الدرهم المأخوذ ( وحده ) لأن الضمان تعلق بالأخذ ، فلم يضمن غير ما أخذه ، بدليل ما لو تلفت في يده قبل رده .

( إلا أن تكون ) الوديعة دراهم ( مختومة، أو مشدودة، أو مصرورة ) فإن كانت كذلك ضمن الجميع ، لهتك الحرز بغير إذن ربه ، ( أو ) إلا أن ( رد بدله غير متميز ) وضاعت الوديعة ( فيضمن الجميع ) لخلطه الوديعة بما لا تتميز منه ، ( كما لو لم يدر أيهما ضاع ) بأن ضاع درهم مثلاً ولم يدر أهو المردود أو غيره من الوديعة فيضمنه ، لأن الأصل عدم براءته ، ( ولو خرق ) المستودع ( الكيس ) المشدود على دراهم ونحوها ( من

فوق الشد لم يضمن إلا الخرق ) لأنه لم يهتك الحرز ، ( و ) بخرق الكيس ( من تحته ) أي الشد ( يضمن أرشه ) أي الخرق ، ( و ) يضمن ( ما فيه ) من دراهم ونحوها إن ضاعت لهتكه الحرز ، ( وإن أودعه صغير مميز، أو لا وديعة ) أو أودعه مجنون، أو محجور عليه لسفه وديعة ، ( فتلفت ) عند المستودع ولو بلا تعد ولا تفريط ( ضمنها ) المستودع ، لأنه أخذ مال غيره بغير إذن شرعي ، أشبه ما لو غصبه ، ( ولا يبرأ ) المستودع من صغير ونحوه ، ( إلا بالتسليم إلى وليه ) كدينه ، وتقدم في الحجر ( إلا أن يكون ) المحجور عليه لحظه ( مميزاً مأذوناً ) له في الإيداع ( أو يخاف ) الأخذ لما معه (هلاكها معه فيأخذها لحفظها ) حتى يسلمها لوليه ( حسبة ، فلا ) ضمان عليه ( كالمال الضائع والموجود في مهلكة إذا أخذه لذلك ) أي ليحفظه لربه ، ( وتلف ) قبل التمكن من رده ، ( وكذا لو أخذ ) إنسان ( المال من الغاصب تخليصاً ) له ( ليرده إلى مالكه ) فتلف قبل التمكن ، لم يضمنه لأنه محسن ، ( وإن أودع ) جائز التصرف ( الصغير ) وديعة ، ( ولو ) كان المستودع الصغير ( قنا ، أو ) أودع جائز التصرف ( المجنون ، أو المعتوه : وهو المختل العقل ) وديعة ، ( أو ) أودع جائز التصرف ( السفيه وديعة ، أو أعارهم ) أي أعار جائز التصرف الصغير ، أو المجنون ، أو المختل العقل ، أو السفيه (شيئاً فأتلفوه) بأكل أو غيره ، ( أو تلف بتفريطهم ، لم يضمنوا ) لأن المالك سلطهم على الإتلاف بالدفع إليهم ، ( ويضمن ذلك ) أي المودع والمعار ( العبد المكلف ) ومثله المدبر والمكاتب والمعلق عتقه على صفة وأم ولد ( في رقبته إذا أتلفه ) لأنه مكلف ، فصح استحفاظه ، وبه يحصل الفرق بينه وبين الصبي ، وكونها في رقبته ، لأن إتلافه من جنايته .

« تنبيه » : ظاهر قوله : « كغيره إذا أتلفه » أنه لو تلف بيده لا ضمان ولو بتعد أو تفريط ، وهو كالصريح في قول التنقيح : ولا يضمن الكل أي الوديعة والعارية بتلفهما بتفريط ، لكن مقتضى تعليلهم بما تقدم : أنهُ يضمن إن تعدى، أو فرط ويكون كإتلافه، ( وإذا مات إنسان وثبت أن عنده وديعة ) ، أو مضاربة ، أو رهناً ونحوها من الأمانات، (ولم توجد ) تلك الوديعة ونحوها ( بعينها ) في تركته ، ( فهي دين عليه تغرمها ) الورثة (من تركته) لأنه لم يتحقق براءته منها ( كبقية الديون ) فإن كان عليه دين سواها فهما سواء ، وتقدم في المضاربة .



## فصل

المودع أمين ، لأن الله تعالى سماها أمانة بقوله : ﴿ إن الله يأمُرُكُم أنْ تؤَدُّوا الأماناتِ

إِلَى أَهْلِهَا ﴾ [١] ، ( والقول قوله مع يمينه فيما يدعيه من رد ) لأنه لا منفعة له في قبضها، فقبل قوله بغير بينة ، ( ولو ) ادعى الرد ( على يد عبده ) أي عبد المالك ، (أو زوجته أو خازنه ) أو وكيله أو حافظ ماله ، لأن أيديهم كيده ، قاله في القاعدة الرابعة والأربعين ، وإن دفع المستودع الوديعة لزوجته نفسه أو خازنه ونحوهما وادعوا الرد فقولهم بيمينهم . قال في المبدع بعد أن قدم ما جزم به المصنف سابقاً من أن للمودع دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله عادة كزوجته وخازنه ، وذكر مقابله : وعلى الأول يصدق في دعوى الرد ، أو التلف كالمودع . انتهى .

وقال الأزجي : إن ادعى الرد إلى رسول موكل ومودع ، فأنكر الموكل ضمن لتعلق الدفع بثالث ، ويحتمل لا ، وذكر المجد في شرحه : لو أودع أحد الشريكين ، حيث جاز وادعى الوديع الرد إليه قبل ، كما يقبل على المالك المحض ، وإن ادعى الرد على الشريك الآخر لم يقبل إلا ببينة ، ( أو ) ادعى الرد ( بعد موت ربها ) أي الوديعة (إليه) أي إلى رب الوديعة ، بأن ادعى ورثة المالك على المودع بالوديعة ، فقال : رددتها إليه قبل موته قبل قوله بيمينه ، كما لو كان المالك هو المدعي ، وأنكر ، ( وكذا دعوى تلف ) من مستودع فتقبل بيمينه ، ( ولو ) كان التلف ( بسبب خفي من سرقة ، أو ضياع ونحوه ) لتعذر إقامة البينة على ذلك .

فلو لم يقبل قوله فيه لامتنع الناس من قبول الأمانات مع الحاجة إليه . قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه أن المستودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت قبل قوله مع يمينه ، ( فإن ادعاه ) أي ادعى المستودع التلف ( بسبب ظاهر كحريق، وغرق، وغارة ونحوها) كنهب جيش ( لم يقبل ) منه ذلك ( إلا ببينة ) تشهد ( بوجود ذلك السبب في تلك الناحية ) ، فإن عجز عن إقامة البينة بالسبب الظاهر ضمنها ، لأنه لا تتعذر إقامة البينة به والأصل عدمه ، ( ويكفي في ثبوته ) أي السبب الظاهر ( الاستفاضة ) قاله في التلخيص، والرعايتين، والحاوي الصغير وغيرها، فعلى هذا: إذا علمه القاضي بالاستفاضة قبل قول الوديع بيمينه ولم يكلفه بينة تشهد بالسبب، ولا يكون من القضاء بالعلم ، كما ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية في الحكم بالاستفاضة لا في خصوص هذه .

( فإذا ثبت السبب الظاهر بالبينة، أو الاستفاضة ) ( فالقول قوله ) أي الوديع ( في التلف مع يمينه ) فيحلف أنها ضاعت به ، ( وتقدم في الرهن والوكالة ) نحو ذلك (ويقبل قوله ) أي المستودع ( في الإذن ) أي أن المالك أذن له ( في دفعها ) أي الوديعة

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

(إلى إنسان ) عينه ، ( وأنه دفعـ ) ها إليه مع إنكار المالك والإذن ولا بينة به ، لأنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة ، فكان القول قوله فيه ، كما لو ادعى ردها إلى مالكها ، ولا يلزم المدعي عليه للمالك غير اليمين لما لم يقر بقبضه ، وهذه المسئلة من المفردات . . ولو اعترف المالك بالإذن ، وأنكر الدفع قبل قول المستودع ، ثم ينظر في المدفوع إليه فإن أقر له بالقبض ، فلا كلام .

وإن أنكر حلف وبرئ أيضاً ، وفاتت على ربها إن كان الثاني وديعاً ، وإن كان ذا دين قبل قوله مع يمينه وضمن الدافع إن لم يشهد لتقصيره ، صدقه المالك أو كذبه ، وتقدم في الوكالة ، ( و ) يقبل قول المستودع أيضاً في نفي ( ما يدعي عليه من خيانة وتفريط ) لأن الأصل عدمهما ، ( ولا تقبل دعواه ) أي المستودع ( الرد إلى ورثة المالك و ) لا دعواه الرد إلى ( الحاكم ) إلا ببينة ، لأنهم لم يأتمنوه ، وكذا ورثة المودع لا يقبل قولهم في الدفع إلى المالك ولا إلى غيره ، لأنهم غير مؤتمنين عليها من قبل مالكها ، (فإن منع ) المستودع ( ربها ) أي الوديعة ( منها ) أي من أخذها ( أو مطله ) أي أخر دفعها إلى مستحقها ( بلا عذر ثم ادعى تلفاً ) للوديعة ( لم يقبل ) منه ذلك ( إلا ببينة ) لأنه بالمنع أو المطل بطل الاستئمان . قلت : هو لا يزيد على الغاصب ، وهو يقبل قوله في التلف بيمينه ويضمن البدل ، ( و ) لو سلم المستودع ( وديعة إلى غير ربها كرهاً ) لم يضمن ، ( أو صاده سلطان لم يضمن ) الوديعة ، لأن الإكراه عذر يبيح له دفعها ، ( كما لو أخذها ) السلطان ( منه ) أي المستودع ( كرهاً ) أي قهراً ، وعند أبي الوفاء : إن ظن أخذها منه بإقراره كان دالاً ، ويضمن ، ( وإن آل الأمر إلى الحلف ) أي وإن طلب من المستودع أن يحلف أنه ليس عنده وديعة لفلان ، ( ولا بد ) أي ولم يجد بداً من الحلف بأن كان الطالب ليمينه متغلباً عليه بسلطنة، أو تلصص، ولا يمكنه الخلاص منه إلا بالحلف ( حلف متأولاً ) فينوي لا وديعة عندي لفلان في موضع كذا في الموضع التي ليست بها ونحوه ، ولم يحنث . وقال القاضي في المجرد : له أخذها ، ( فإن لم يحلف حتى أخذت منه وجب الضمان ) لتفريطه بترك الحلف ، ( وإن حلف ) المستودع أنه لا وديعة لفلان عنده ( ولم يتأول أثم ) لحلفه كاذباً ، لكن إثم حلفه دون إثم إقراره بها ، ( ووجبت الكفارة ) لحنثه بالحلف بلا تأويل ، ( وإن أكره على اليمين بالطلاق ) أنه لا وديعة عنده لفلان ، ( فكما لو أكره على إيقاع الطلاق ) أي فلا تنعقد ، قاله أبو الخطاب .

( قال الحارثي ) : وفيه بحث ، ( وحاصله ) أي البحث : ( إن كان الضرر الحاصل بالتغريم كثيراً يوازي الضرر في صور الإكراه ، فهو إكراه لا يقع وإلا وقع ) على المذهب

انتهى ، ( وإن نادى السلطان : أن من لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا ) من أنواع التهديد ، ( فحملها من غير مطالبة أثم وضمن ) قال ابن الزاغوني : إن لم يعينه أو عينه وتهدده ، ولم ينله بعذاب أثم وضمن ، وإلا فلا . انتهى .

وفيما إذا عينه وتهدده نظر إذا كان قادراً على الإيقاع به لأنه إكراه ، ( وإن سلم ) المستودع ( الوديعة إلى من يظنه صاحبها فتبين خطؤه ضمنها ) لأنه فوتها على ربها ، (وإن) أنكر المستودع الإيداع بأن ( قال : لم تودعني ، ثم أقر بها ) أي الوديعة ، ( أو ثبت ) الإيداع ( ببينة فادعى رداً ، أو تلفاً سابقين لجحوده لم يقبل ) منه ذلك ، ( وإن أقام به بينة ) لأنه صار ضامناً بجحوده ومعترفاً على نفسه بالكذب المنافي للأمانة ، ولأنه مكذب لبينته بجحوده ، ( وإن كان ) ما ادعاه من الرد أو التلف ( بعد جحوده ) كما لو ادعى عليه بالوديعة يوم الخميس فجحدها ، ثم أقر بها يوم السبت ثم ادعى أنه ردها ، أو تلفت بغير تفريطه يوم الأربعاء ، وأقام بذلك بينة ( قبلت ) بينته ( بهما ) أي بالرد ، أو التلف ، لأنه حينئذ ليس بمكذب لها ، ( فإن شهدت بينة بالتلف أو الرد ) بعد جحود الإيداع ، ( ولم يعين هل ذلك ) التلف أو الرد ( قبل جحوده أو بعده ، واحتمل الأمرين لم يسقط الضمان ) لأن وجوبه متحقق فلا ينتفي بأمر متردد فيه ، ( ويأتي ، وإن قال ) المدعي عليه بوديعة : ( مالك عندي شيء ، أو لا حق لك عليّ ) أو قبلي ، ثم أقر بالإيداع، أو ثبت ببينة ( قبل قوله في الرد والتلف ) بيمينه، لأنه لا ينافي جوابه ، لجواز أن يكون أودعه ثم تلفت عنده بغير تفريط ، أو ردها فلا يكون له عنده شيء ، ( لكن إن وقع التلف بعد الجحود وجب الضمان ) لاستقرار حكمه بالجحود فيشبه الغاصب .

قلت : وظاهره ولو أقام به بينة ، ( ولو قال ) إنسان لآخر ( لك عندي وديعة ثم ادعى ) المقر ( ظن البقاء ) أي قال : كنت أظنها باقية ، ( ثم علمت تلفها ، لم يقبل قوله ) لأنه رجوع عن إقرار بحق لآدمي . وقال القاضي : يقبل ويأتي في الإقرار ما فيه، ( وإن مات المودع وادعى وارثه الرد ) إلى المالك أو غيره ، ( أو ) ادعى الوارث ( أن مورثه ) كان ( ردها ) لم يقبل إلا ببينة ، ( أو ادعاه ) أي الرد ( الملتقط، أو ) ادعاه (من إطارات الريح إلى داره ثوباً لم يقبل إلا ببينة ) لأن المالك لم يأتمنهم ، ( ومن حصل في يده أمانة بغير رضا صاحبها كاللقطة، ومن أطارت الريح إلى داره ثوباً ، وجبت ) عليه (المبادرة إلى الرد مع العلم بصاحبها ، و ) مع ( التمكن منه ، وكذا إعلامه ) أي الواجب عليه أحد أمرين، إما الرد، أو الإعلام (ذكره جمع) منهم صاحب المغني والمحرر والمستوعب ونحوه ، ذكره ابن عقيل ، وحكاه في القواعد الفقهية .

( قال في الإنصاف : وهو مراد غيرهم ) لأن مؤنة الرد لا تجب عليه ، وإنما الواجب

التمكين من الأخذ ، قاله في القاعدة الثانية والأربعين ، ( وكذا الوديعة والمضاربة والرهن ونحوها ) كالعين المشتركة ( إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه ) وجب على من هي بيده المبادرة إلى الرد مع العلم بصاحبها والتمكن منه أو إعلامه ( لزوال الائتمان ، وكذا لو فسخ المالك ) في حضرة الأمين أو غيبته ( عقد الائتمان في الأمانات كالوديعة : والوكالة والشركة والمضاربة ، يجب الرد على الفور لزوال الائتمان ) قال في القواعد الفقهية : وظاهر كلامه أي القاضي : أنه يجب فعل الرد ، فإن العلم هنا حاصل للمالك . انتهى.

قلت : وفيه نظر ، لأن مؤنة الرد لا تجب عليه ، ولو دخل حيوان لغيره ، أو عبد له إلى داره ، فعليه أن يخرجه ليذهب كما جاء ، لأن يده لم تثبت عليهما بخلاف الثوب ذكره ابن عقيل ، قاله في القاعدة الثالثة والأربعين .

( وإن تلفت ) الوديعة أو نحوها ( عند الوارث قبل إمكان ردها لم يضمنها ) لأنه لم يفرط ، ( وإلا ) بأن أخر الرد، أو الإعلام فوق ما يمكنه ، وتلفت ( ضمنها ) لتفريطه بالتأخير ، ( ويجب ) على المستودع ( رد الوديعة إلى مالكها ) أي تمكينه من أخذها لما يأتي ( إذا طلبها ، فإن أخره ) أي الرد ( بعد طلبها بلا عذر ضمن ) إن تلفت، أو نقصت كالغاصب وإن طلبها في وقت لا يمكن دفعها إليه لبعدها، أو لمخافة في طريقها، أو للعجز عن حملها ، أو غير ذلك لم يكن معتدياً بترك تسليمها ، ولم يضمنها لعدم عدوانه ، ( ويمهل ) المستودع إذا طلب منه الرد ( لأكل، وشرب، ونوم، وهضم طعام، ومطر كثير ونحوه ) كطهارة، وصلاة ( بقدره ) أي بقدر ذلك ، فلا يضمنها إن تلفت زمن عذره، لعدم عدوانه ، ( وكذا لو أمره بالرد ) أي رد الوديعة ( إلى وكيله ، فتمكن ) المستودع من ردها للوكيل ، ( وأبى ) ردها ( ضمن ) المستودع الوديعة إن تلفت ، سواء (طلبها الوكيل أم لا ) لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه ، ( ومثله ) أي الوديعة ( من أخر دفع مال أمر بدفعه بلا عذر ) وتلف ، فيضمنه لما تقدم ، ( وليس على المستودع مؤنة الرد) أي رد الوديعة ، ( و ) لا مؤنة ( حملها إلى ربها إذا كانت مما كانت لحمله مؤنة . قلّت المؤنة أو كثرت ) بل الواجب عليه التمكين من الأخذ فقط ، لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص ، بخلاف مستعير ، ( فإن سافر ) المستودع ( بها ) أي بالوديعة (بغير إذن ربها ، لزمه ) مؤنة ( ردها إلى بلدها ) ، ولعل المراد في حال لا يجوز له السفر بها ، وإلا فقال القاضي : له ما أنفق بنية الرجوع ، أي لأن مؤنة الرد على ربها، وقد قام بها عنه الوديع بنية الرجوع ، ( وتثبت الوديعة بإقرار الميت ) بأن كان أقر أنها لفلان ، ( أو ) إقرار ( ورثته، أو ببينة ) كسائر الحقوق ، ( وإن وجد عليها مكتوب :

وديعة ، لم يكن حجه ) لأنه يحتمل أن الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه ، أو كان وديعة للميت عند غيره ونحو ذلك ، اختاره القاضي في المجرد وابن عقيل والموفق وقدمه الشارح، ونصره ، وجزم به في الحاوي الصغير، والنظم ، والصحيح من المذهب ، كما في الإنصاف وغيره : أنه يعمل به وجوباً ، وقطع به في التنقيح ، وتبعه في المنتهي .

( وإن وجد ) وارث ( خط مورثه : لفلان عندي وديعة ، أو ) وجد ( على كيس ونحوه ) مكتوب ( هذا لفلان ، عمل ) الوارث ( به وجوباً ) كما يعمل بإقراره باللفظ، (وإن وجد ) وارث ( خطه ) أي خط مورثه ( بدين له على فلان ، جاز للوارث الحلف ) إذا أقام به شاهداً مثلاً ، وكان يعلم أن مورثه لا يكتب إلا حقاً ، وأنه صادق أمين ، (ودفع ) الدين ( إليه ) فيجوز الحلف على ما لا تجوز الشهادة به ، إذ لا يشهد على شهادة أبيه أو غيرها ، إذا رآها بخطه ، ( وإن وجد ) وارث ( خطه ) أي خط مورثه (بدين عليه ) لمعين ( عمل الوارث ) به وجوباً ، ( ودفع ) الدين ( إلى من هو مكتوب باسمه ) كالوديعة ، ( وإن ادعى الوديعة اثنان ، فأقر ) المستودع ( بها لأحدهما ، فهي له) أي للمقر له ( مع يمينه ) لأن اليد كانت للمودع ، وقد نقلها إلى المدعي ، فصارت اليد له ، ومن كانت اليد له قبل قوله بيمينه ، ومن أفراد ذلك : لو قال المودع : أودعنيها الميت ، وقال : هي لفلان ، وقال ورثته : بل هي له ، أفتى الشيخ التقي : بأن القول قول المودع مع يمينه ، ( ويحلف المودع أيضاً للمدعي الآخر ) الذي أنكره ، لأنه منكر لدعواه ، وتكون يمينه على نفي العلم ، قاله في المبدع .

( فإن ) حلف بريء وإن ( نكل لزمه بدلها له ، لأنه فوتها ) عليه ، وكذا لو أقر له بها بعد أن أقر بها للأول فتسلم للأول ويغرم قيمتها للثاني نصاً ، ( وإن أقر بها لهما ) معاً ، ( فهي لهما ) أي بينهما ، كما لو كانت بأيديهما وتداعياها ( ويحلف لكل واحد منهما ) يميناً على نصفها ، ( فإن نكل ) عن اليمين ( لزمه بدل نصفها لكل واحد منهما) وإن نكل عن اليمين لأحدهما فقط ، لزمه لمن نكل عن اليمين له عوض نصفها ، ( ولزم كل واحد منهما الحلف لصاحبه ) لأنه منكر لدعواه ، ( وإن قال ) المودع : هي (لأحدهما ، ولا أعرف عينه ، فإن صدقاه أو سكتا ) عن تصديقه وتكذيبه ، ( فلا يمين ) عليه ، إذ لا اختلاف ، ( ويقرع بينهما ) فمن خرجت له القرع سلمت إليه بيمينه ، (وإن كذباه ) بأن قالا : بل تعرف أينا صاحبها ( حلف ) لهما ( يميناً واحدة : أنه لا يعلم ) عينه ، وكذا إن كذبه أحدهما وحده ، ( ويقرع بينهما ، فمن قرع ) أي خرجت له القرع ( حلف ) أنها له ، لاحتمال عدمه ( وأخذها ) بمقتضى القرعة ، ( فإن نكل ) المودع عن اليمين أنه لا يعلم صاحبها ( حكم عليه ) بالنكول ، ( وألزم التعيين ) أي

تعيين صاحبها ، ( فإن أبى ) التعين ( أجبر على القيمة ) إذ كانت متقومة ، وعلى المثل إن كانت مثلية ، ( فتؤخذ القيمة ) أو المثل ( أو العين فيقترعان عليهما ، أو ينفقان ) عليهما .

قال في التلخيص : وكذلك إذا قال : أعلم المستحق ولا أحلف ، ( ثم إن قامت بينة بالعين لأخذ القيمة سلمت إليه ) العين للبينة وتقديمها على القرعة ، ( وردت القيمة إلى المودع ، ولا شيء للقارع ) على المودع ، لأنه لم يفوت عليه شيئاً ، بل المفوت البينة ، (وإن أودعه اثنان مكيلاً ، أو موزوناً ينقسم ) إجباراً بأن لا ينقص بتفرقه ، ( فطلب أحدهما حقه ) من المودع ( لغيبة شريكه ، أو ) حضوره و( امتناعه ) من الأخذ ومن الإذن لصاحبه في أخذ حقه ( سلمه ) المودع ( إليه ) أي إلى المطالب وجوباً ، لأنه أمكن تمييز نصيب أحد الشريكين من نصيب الآخر بغير غبن ولا ضرر ، فإذا طلب أحدهما نصيبه لزم دفعه إليه ، كما لو كان متميزاً . وقال القاضي : لا يجوز ذلك إلا بإذن الحاكم ، لأن ذلك يحتاج إلى قسمة ويفتقر إلى حكم ، أو اتفاق ، وليس ذلك إلى المودع وهو مقتضى كلامه في القسمة ، وعلم مما تقدم : أن ذلك لا يجوز في غير المثلى، لأن قسمته لا يؤمن فيها الحيف ، لافتقارها إلى التقويم ، وهو ظن وتخمين ، ( وإن غصبت الوديعة ، فللمودع المطالبة بها ) ، لأنه مأمور بحفظها ، وذلك منه ، وعبَّر في الفروع بأنه يلزمه ، ( وكذا مضارب ومرتهن ومستأجر ) . قلت : ومستعير ومجاعل على عملها ( وإن ) قال رب الوديعة للمودع : ( كلما خنت ثم عدت إلى الأمانة فأنت أمين ، صح) لصحة تعليق الإيداع على الشرط ، كالوكالة .



# باب إحياء الموات

قال الأزهري : هو الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها. انتهى . وتسمى ميتة ومواتاً -بفتح الميم والواو- والموتان -بضم الميم وسكون الواو- : الموت الذريع ، ورجل موتان القلب - بفتح الميم وسكون الواو - يعني أعمى القلب لا يفهم ، قاله في المغني . وفي القاموس : الموات كغراب الموت ، وكسحاب : ما لا روح فيه ، وأرض لا مالك لها ، والموتان بالتحريك خلاف الحيوان ، وأرض لم تحي بعد ، وبالضم : موت يقع بالماشية ، ويفتح ، ( وهي الأرض المنفكة عن الاختصاصيات وملك معصوم ) مسلم أو كافر ، ويأتي بيان الاختصاصات .

والأصل في إحياء الأرض : حديث جابر مرفوعاً : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »(١) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وحديث سعيد بن زيد : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٍ حَق »(٢) قال الترمذي : حديث حسن ، وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه مثله . قال ابن عبد البر : هو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم . قال في المغني والشرح : وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء وإن اختلفوا في شروطه .

---

(١) الحديث أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال (ص٣٦٢) ، كتاب أحكام الأرضين . . . ، باب إحياء الأرضين ، الحديث (٧٠٢) ، واللفظ له ، وأخرجه أحمد في المسند : ٣/٣٥٦ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب من أحيا أرضاً . . . . ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/٦٦٣ - ٦٦٤ ، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، الحديث (١٣٧٩) ، وقال : « هذا حديث حسن صحيح » ، وأخرجه النسائي ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٢/٣٨٧ ضمن أطراف جابر بن عبد الله رضي الله عنه ، الحديث (٣١٢٩) ، وقال محقق الكتاب في « الكبرى » ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٧٨) ، كتاب البيوع ، باب إحياء الموات ، الحديث (١١٣٩) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٦/١٤٨ ، كتاب إحياء الموات ، باب ما يكون إحياء . . . . ، وأخرجه الضياء المقدسي في المختارة ، ذكره السيوطي في الجامع الصغير ( المطبوع مع فيض القدير ) : ٦/٣٩ .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الخراج والإمارة والفيئ ، باب في إحياء الموات ، الحديث (٣٠٧٣) ، والترمذي في السنن : ٣/٦٦٢ ، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، الحديث (١٣٧٨) موصولاً من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد رضي الله عنه قال الترمذي : « هذا حديث حسن غريب » ، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد ابن زيد رضي الله عنه عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً ، وقال القاري في المرقاة : ٣/ ٣٥٠ ، الحديث مرسل من وجه ، قال القاضي رحمه الله : والعجب أن الحديث في المصابيح مسند إلى سعيد بن زيد=

( فإن كان الموات ) أي الأرض لخراب الدراسة ( لم يجر عليه ملك لأحد ولم يوجد فيه أثر عمارة ، ملك بالإحياء ) بغير خلاف بين القائلين بالإحياء ، قاله في المغني والشرح. نقل أبو المظفر في أرض بين قريتين ليس فيها مزارع ولا عيون، وأنها تزعم كل قرية أنها لهم في حرمهم ، فإنها ليست لهؤلاء ولا لهؤلاء ، حتى نعلم أنهم أحيوها ، فمن أحياها فله ، ومعناه نقل ابن القاسم ، ويأتي مفهوم قوله : ولم يوجد فيه أثر عمارة ( وإن ملكها من له حرمة ) من مسلم، أو ذمي، أو معاهد لم تملك بإحياء ، ( أو ) ملكها من ( شك فيه ) أله حرمة أم لا ، ( فإن وجد ) هو ( أو أحد من ورثته لم يملك بإحياء) قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه . انتهى . ومراده : ما ملك بشراء، أو هبة ونحوه بخلاف ما ملك بإحياء ثم دثر ، ففيه خلاف ، فعند مالك : يملك بالإحياء . ( وإن علم ) مالكه، ( ولم يعقب ) أو لم يكن له ورثة ( لم يملك ) أيضاً بالإحياء ، لحديث عائشة ترفعه : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً لَيْسَتْ لأحَدٍ » [1] .

( وأقطعه الإمام من شاء ) لأنه فيء ، ( وإن كان ) الموات ( قد ملك بإحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتاً ، لم يملك بإحياء إن كان لمعصوم ) لأن ملك المحيي أو لا لم يزل عنها بالترك بدليل سائر الأملاك ، ( وإن علم ملكه ) أي الدارس الخراب ( لمعين غير معصوم ) بأن كان لكافر لا ذمة له ولا أمان ، ( فإن كان بدار حرب واندرس كان كموات أصلي يملكه مسلم بإحياء ) لأن ملك من لا عصمة له كعدمه ، وإن كان بدار إسلام ، فالصحيح : أنه لا يملكه بالإحياء ، فلا أثر لإحيائه ، وإن ملكه بنحو شراء ، بأن وكل غير المعصوم معصوماً ليشتري له مكاناً ، فاشتراه ثم ترك حتى درس ، وصار مواتاً ، فالظاهر أنه لا يملك بالإحياء فيكون فيئاً بمنزلة ما جلوا عنه خوفاً منا ، لكن مقتضى التعليل : أنه يملك بالإحياء . وظاهره أيضاً : أن الذمي لا يملكه بالإحياء ، ولعله غير مراد ، ( وإن كان فيه ) أي الخرادب ( أثر لملك غير جاهلي ، كالخراب التي ذهبت أنهارها واندرست آثارها ) ولم يعلم الآن لها مالك ( ملك بالإحياء ) لعموم ما سبق من الأخبار ، وسواء كان بدار الإسلام ، أو بدار الحرب ، ( وكذا إن كان ) أثر الملك به (جاهلياً قديماً كديار عاد ) وآثار الروم ، فيملكه من أحياه لما سبق .

---

= وهو من العشرة ، وجعله مرسلاً ، ولعله وقع من الناسخ ، وأخرجه عن عروة مرسلاً مالك في الموطأ : ٢/٧٤٢ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في عمارة الموات ، الحديث (٢٦) ، وأبو داود في المصدر السابق ، الحديث (٣٠٧٤)، وعزاه للنسائي المنذري في مختصر سنن أبي داود ، الحديث (٢٩٤٩) .

(١) حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة بأن من أحيا أرضاً مواتاً .

وروى سعيد في سننه وأبو عبيدة في الأموال عن طاووس عنه ﷺ : « عَادِي الأرْضِ للهِ وَلِرَسُولِه ، ثُمَّ هُوَ بَعْدُ لَكُمْ »[1] ، ( فأما مساكن ثمود فلا تملك فيها لعدم دوام البكاء مع السكنى ، و) مع ( الانتفاع ، قاله الحارثي ) ، وظاهر كلام غيره تملك بالإحياء، ونقله في الشرح ، بل صرح به في شرح المنتهى عن جمع من الأصحاب ، لعموم ما سبق ، ( ويكره دخول ديارهم ) أي ثمود ( إلا لباك معتبر ، لا يصيبه ما أصابهم ) من العذاب للخبر ، ( أو ) كان أثر الملك به جاهلياً ( قريباً ) فيملك بالإحياء، لأن أثر الملك الذي به لا حرمة له أشبه آثار الجاهلي القديم ، ( أو تردد في جريان الملك عليه ) ، ولم يتحقق ملكه لمعصوم ملك بالإحياء ، لأن الأصل عدم جريان الملك عليه ، ( ومتى أحيا أرضاً ميتة فهي له ) أي للمحيي ( مسلماً كان ) المحيي ، ( أو ذمياً ) ، وسواء أحياها ( بإذن الإمام أو ) بـ ( ـغير إذنه ، في دار الإسلام وغيرها ) لعموم ما سبق من الأخبار ، ولأنهما عين مباحة ، فلم يفتقر ملكها إلى إذن الإمام ، كأخذ المباح ، وهو مبني على أن عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال ( إلا موات الحرم) ، و( عرفات ) فلا يملك بالإحياء مطلقاً لما فيه من التضييق في أداء المناسك ، واختصاصه بمحل الناس فيه سواء ، ومِنَى ومزدلفة على الحرم كما سبق ، فلا إحياء بهما (وموات العنوة) كأرض مصر، والشام، والعراق ( كغيره ) مما أسلم أهله عليه، كالمدينة ، وما صولح أهله على أن الأرض للمسلمين ، ( فيملك ) موات العنوة بالإحياء ، ( ولا

---

(١) الحديث أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج ، (ص٦٥) ، فصل في موات الأرض من الصلح والعنوة وغيرهما ، وأخرجه يحيى بن آدم في كتاب الخراج (ص٨٦) ، باب من أحيا أرضاً ميتة ، الحديث (٢٧٠) ، وأخرجه الشافعي في الأم : ٤/٤٥ ، كتاب الهبة ، باب عمارة ما ليس معموراً ، وأخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال (ص٣٤٧) ، كتاب أحكام الأرضين . . . ، باب الإقطاع ، الحديث (٦٧٦) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٦/١٤٣ ، كتاب إحياء الموات ، باب لا يترك ذمي يُحييه .

وأخرجه الشافعي من طريق آخر في المسند : ٢/١٣٢ ، كتاب الجهاد ، باب ما جاء في إحياء الموات ، الحديث (٤٣٨) عن ابن طاوس مرسلاً ، وليس عن طاوس ، وأخرجه البيهي في السنن الكبرى : ٦/١٤٣ .

وأخرجه ابن عدي من وجه آخر في الكامل : ٥/١٧٠٧ ضمن ترجمة عمر بن رياح عن طاوس عن ابن عباس مرفوعاً ، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ١١/٢٨ ، الحديث (١٠٩٣٥) ، وأخرجه البيهقي في المصدر السابق .

وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج (ص٨٥) عن طاوس عن ابن عباس موقوفاً ، الحديث (٢٦٩) ، وأخرجه البيهقي أيضاً من طريق يحيى بن آدم في المصدر السابق ، ومعنى « عاديُّ الأرض » أي الأبنية والضياع القديمة التي لا يعرف لها مالك ، نسبت إلى عاد قوم هود ﷺ .

خراج عليه ) أي على من أحيا موات العنوة ، وما روي عن الإمام : « لَيْسَ فِي أَرْضِ السَّوَادِ مَوَاتٌ » معللاً بأنها الجماعة ، فلا يختص بها أحدهم ، حملها القاضي على العامر ، ويحتمل أن أحمد قاله لكون السواد كان عامراً في زمن عمر بن الخطاب ، وحين أخذه المسلمون من الكفار ( إلا أن يكون ) المحيي للعنوة ( ذمياً ) فعليه الخراج ، لأن الأرض للمسلمين ، فلا تقر في يد غيرهم بدون الخراج كغير الموات ، وهل يملكه مع ذلك ؟ عبارة الإنصاف أولاً : تقتضي أنه يملكه ، وثانياً : صريحة في أنه لا يملكه ، بل يقر بيده بالخراج ، ( ولا يملك مسلم ) بالإحياء ( ما ) أي مواتاً ( أحياه من أرض كفار صولحوا على أنها ) أي الأرض ( لهم ، ولنا الخراج عليها ) لأنهم صولحوا في بلادهم ، فلا يجوز التعرض لشيء منها ، لأن الموات تابع للبلد ، ويفارق دار الحرب ، لأنها على أصل الإباحة ، ( ولا يملك بإحياء ما قرب ) عرفاً ( من العامر وتعلق بمصالحه ، كطرقه وفنائه ) ما اتسع أمامه ، ( ومجتمع ناديه ) أي جماعته ، ( ومسيل مياهه ، ومطرح قمامته ، وملتقى ترابه ، و) ملقى ( آلاته ) التي لا نفع بها ، ( ومرعاه ومحتطبه ، وحريم البئر ، و) حريم ( النهر ، و) حريم ( العين ، ومرتكض الخيل ) أي المحل المعد لركضها ، ( ومدافن الأموات ، ومناخ الإبل ، والمنازل المعتادة للمسافرين حول المياه ، والبقاع المرصدة لصلاة العيدين ، و) لصلاة ( الاستسقاء ، و) لصلاة ( الجنائز ، و) البقاع المرصدة لـ ( دفن الموتى ) ، ولو قبل الدفن ، ( ونحوه ، فكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه ) قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه لمفهوم قوله ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً مِنْ غَيْرِ حَقٍّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » [1] ، ولأن ذلك من مصالح الملك ، فأعطى حكمه ، وذكر القاضي : أن مباح المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء ، لكن هو أحق بها من غيره ، ( ولا يجوز للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياؤه ) مما قرب من العامر وتعلق بمصالحه ، لأنه في حكم المملوك لأهل العامر ، ( وما ) قرب من العامر لكنه ( لا يتعلق بمصالحه ملك بإحياء ) كالبعيد عنه ، لعموم ما سبق ، مع انتفاء المانع ، وهو التعلق بمصالح العامر ، ( وللإمام إقطاعه ) أي ما قرب من العامر ، ولم يتعلق بمصالحه لأنه ﷺ « أَقْطَعَ بِلالَ بْنَ الْحِرَثِ الْعَقِيقَ » مع قربه من عامر المدينة ، ( ولو اختلفوا في الطريق وقت الإحياء جعلت سبعة أذرع ) للخبر ، ( ولا تغير ) الطريق ( بعد وضعها ،

---

(١) الحديث بمعناه أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى : ٧/ ٧٣ ضمن ترجمة أسمر بن مضرس، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إقطاع الأرضين ، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ١/ ٢٥٥ ، الحديث (٨١٤) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٦/ ١٤٢، كتاب إحياء الموات ، باب من أحيا أرضاً ميتة .

وإن زادت على سبعة أذرع ، لأنها للمسلمين ) فلا يختص أحد منهم بشيء منها ، ( ولا تملك معادن ظاهرة ) بإحياء ، ( ولا تحجر ) أي لا يجوز لأحد أن يتحجرها ليختص بها ، ( وهي ) أي المعادن الظاهرة ( ما لا تفتقر إلى عمل ) بأن كان يتوصل إلى ما فيها بلا مؤنة ( كملح ، وقار ، ونفط ، وكحل ، وجص ، وياقوت ، وماء ، وثلج ) في عدهما من المعادن نظر ( ومومياء ، وبرام ، وكبريت ، ومقاطع طين ) في جعله من المعادن نظر ( ونحوها ) لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم ، لأن النبي ﷺ « أَقْطَعَ أَبْيَضَ بْنَ حَمّالٍ مَعْدِنَ المِلْحِ فَلَمّا قِيلَ لَهُ : إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الماءِ العِدِّ رَدَّهُ »[1] كذا قال أحمد .

( ولا ) تملك ولا تحتجر معادن ( باطن ) وهي التي تحتاج في إخراجها إلى حفر ومؤنة ( ظهرت ) الباطنة ( أو لا ، كحديد ونحوه ) من نحاس، وذهب، وفضة، وجوهر وشبهها ( بإحياء ) متعلق بلا تملك ، لأن الإحياء الذي يملك به العمار التي يتهيأ بها المحيا للانتفاع من غير تكرار عمل ، وهذا حفر وتخريب يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع ( ولا ) يملك بإحياء ( ما نضب ) أي غار ( عنه الماء مما كان مملوكاً وغلب ) الماء ( عليه ثم نضب ) الماء ( عنه ، بل هو باق على ملك ملاكه ) قبل غلبة الماء عليه ، فـ ( لهم أخذه ) لأنها لا تزيل ملكهم عنه ، ( أما ما نضب ) أي غار ( عنه الماء من الجزائر والرقاق ) -بفتح الراء - أرض لينة أو رمال يتصل بعضها ببعض ، قاله في الحاشية . وقال بعضهم : أرض مستوية لينة التراب تحتها صلابة ( مما لم يكن مملوكاً ، فلكل أحد إحياؤه ) بعدت أو قربت ( كموات ) قال الحارثي : مع عدم الضرر ونفص عليه .

---

(١) الحديث أخرجه يحيى بن آدم في كتاب الخراج (ص١١٠) ، باب العيون والأنهار ، الحديث (٣٤٦) ، وأخرجه الشافعي ، ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير : ٣/ ٦٤ ، كتاب إحياء الموات ، الحديث (١٣٠٣) ، وأخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال (ص٣٥٠ - ٣٥١) ، كتاب أحكام الأرضين ، باب الإقطاع ، الحديث (٦٨٥) ، وأخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى : ٥/ ٥٢٣ ، تسمية من نزل اليمن من أصحاب رسول الله ﷺ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في القطائع ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الخراج ، باب في إقطاع الأرضين ، الحديث (٣٠٦٤) ، وقد وقع في رواية أبي داود قوله : « فاستقطعه الملح ، قال ابن المتوكل : الذي بمأرب . . . » مما يوهم أن في الرواية إدراجاً ، حيث بيّنه ابن المتوكل ، وهو رجل في سند أبي داود ، ولكن بالرجوع إلى مصادر أقدم للحديث وليس في سندها ابن المتوكل وجدنا اللفظ « الذي بمأرب » مثبتة مما يدل على أنها من الرواي ، وليست مدرجة ، كما يظن ذلك من رواية أبي داود ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٦٦٤ ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القطائع ، الحديث (١٣٨٠) ، وأخرجه النسائي ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ١/ ٧ ، الحديث (١) ، وقال المحقق في « الكبرى » ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٨٢٧ ، كتاب الرهون ، باب إقطاع الأنهار والعيون ، الحديث (٢٤٧٥) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٧٨) ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الملح ، الحديث (١١٤٠) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ٣/ ٧٦ ، كتاب البيوع ، الحديث (٢٨٦) ، ومأرب موضع باليمن . والماء العِدّ : هو الدائم الذي لا ينقطع .

انتهى . وقال في التنقيح : لا يملك بالأحياء ، وتبعه في المنتهى . وقال أحمد في رواية العباس بن موسى : إذا نضب الماء من جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها ، لأن فيه ضرراً وهو أن الماء يرجع ، أي يرجع إلى ذلك المكان ، فإذا وجده مبنياً رجع إلى الجانب الآخر فأضر بأهله ، ولأن الجزائر منبت الكلأ والحطب ، فجرت مجرى المعادن الظاهرة ، ( وليس للإمام إقطاع معادن ظاهرة ، أو باطنة ) لما فيه من التضييق ، وصحح في الشرح جوازه ، لأن النبي ﷺ « أَقْطَعَ بِلالَ بْنَ الْحَارِثِ مَعَادِنَ الْقَبَلِية ، جَلْسِيهَا وَغُوْرِيَّهَا » [1] رواه أبو داود وغيره ، ( فإن كان بقرب الساحل موضع حصل فيه الماء صار ملحاً ملك بالإحياء ، وللإمام إقطاعه ) لأنه لا تضيق على المسلمين بذلك ، بل يحدث نفعه بالعمل فيه ، فلم يمنع منه ، كبقية الموات ، وأحياؤه بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده ، وفتح قناة إليه ، يتهيأ بهذا للانتفاع به ، ( وإذا ملك المحيا ) بأن أحيا ما يجوز له إحياؤه ( ملكه بما فيه من المعادن الجامدة ، كمعادن الذهب والفضة ونحوهما ) كالجوهر ( باطنة كانت ) المعادن ( أو ظاهرة ) تبعاً للأرض ، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا منها ، فدخل في ملكه على سبيل التبعية ، ويفارق الكنز لأنه مودع فيها للنقل عنها ، فالباطنة كالذهب ، والفضة والحديد ، والرصاص . والظاهرة كالكحل ، والجص ، والزرنيخ ، والكبريت ، قاله في الشرح والمبدع ، ولو تحجر الأرض أو قطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها ، كان له إحياؤها ، ويملكها بما فيها ، لأنه صار أحق بتحجره وإقطاعه فلم يمنع من إتمام حقه ، ( وإن ظهر فيه ) أي المحيا من الأرض ( عين ماء أو معدن جاز إذا أخذ منه شيء خلفه غيره ، كنفط وقار أو ) ظهر فيها ( كلأ أو شجر ، فهو أحق به بغير عوض ) لأنه لو سبق إلى المباح الذي ليس بأرضه كان أحق به لقوله ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لَمْ يَسْبَقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » [2] رواه أبو داود . وفي لفظ : « فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » فهنا أولى .

( ولا يملكه ) لحديث ابن عباس : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاثٍ فِي الماء وَالكَلأ والنَّارِ »[3]

---

(١) أخرجه أبو داود في المصدر السابق .

(٢) سبق تخريجه مفصلاً .

(٣) هذا الحديث مخرج من طريقين ، الأولى : عن أبي خداش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ ، وقد أخرجها أحمد في المسند : ٥/ ٣٦٤ ، ضمن مسند أحاديث رجال من أصحاب النبي ﷺ ، وأخرجها أبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في منع الماء ، الحديث (٣٤٧٧) .

الطريقة الثانية : عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وقد أخرجها ابن ماجة في السنن : ٢/ ٨٢٦ ، كتاب الرهون ، باب المسلمون شركاء في ثلاث ، الحديث (٢٤٧٢) ، باب المسلمون شركاء في ثلاث، الحديث (٢٤٧٢) ، وأخرجه ابن السكن ، ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير : ٣/ ٦٥ ، كتاب =

رواه الخلال وابن ماجة وزاد : « وَثَمَنُهُ حَرَامٌ » ، ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم تملك بملكها كالكنز ، ( وما فضل من مائه الذي في قرار العين ، أو ) في قرار ( البئر ) عن حاجته ، وحاجة عياله وماشيته ، وزرعه ( لزمه بذله لبهائم غيره إن لم يوجد ماء مباح ولم يتضرر ) رب الأرض ( به ، سواء اتصل ) موضع الماء ( بالمرعى أو بعد عنه ، ويلزم) أيضاً ( بذله لزرع غيره ما لم يؤذه بالدخول ) لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « لا تَمْنَعُوا فَضْلَ الماءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ الكلأ »[1] متفق عليه .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ مَائِهِ أَوْ فَضْلَ كَلَئِهِ مَنَعَهُ اللهُ فَضْلَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ »[2] رواه أحمد ، ولا يتوعد على ما يحل .

( فإن آذاه ) بالدخول فله منعه ، وكذا لو تضرر ببذله أو وجده مباحاً غيره ، ( أو كان له فيه ) أي البئر ( ماء السماء فيخاف عطشاً فلا بأس أن يمنعه ) لأنه ملكه بالحيازة فلم يلزمه كسائر أملاكه ، بخلاف العِدِّ ، ( وكذا لو جازه ) أي الماء العِدُّ ( في إناء ) لم يلزمه بذله لغيره لما تقدم ، إلا عند الاضطرار بشرطه ، ( وعند الأذى يورد الماشية إليه ) أي إلى الماء العِدِّ الفاضل عن حاجة رب أرضه ، ( فيجوز لرعاتها سوق فضل الماء إليها) لأن فيه تحصيلاً للمقصود بلا مفسدة ، ( ولا يلزمه ) أي من وجب عليه بذل الماء ( بذل آلة الاستسقاء ، كالحبل والدلو والبكرة ) لأنها تتلف بالاستعمال ، أشبهت بقية ماله ، لكن إن اضطر بلا ضرر على ربها لزم بذلها ، ويأتي في الأطعمة ، ( وإذا حفر بئراً بـ ) أرض ( موات للسابلة ) أي لنفع المجتازين ، ( فالناس مشتركون في مائها ، والحافر لها كأحدهم في السقي والزرع والشرب ) لأن الحافر لم يخص بها نفسه ولا غيره ، ( وعند الضيق ) أي التزاحم ( يقدم الآدمي ) في السقي ، لأنه أشد حرمة ، ( ثم ) تقدم (البهائم ) لأن لها حرمة ، ( ثم ) يسقى ( الزرع ، وإن حفرها ) أي البئر ( ليرتفق هو)

---

= إحياء الموات ، الحديث (١٣٠٤) ، ولكن قال ابن حجر : « وفيه عبد الله بن خداش متروك ، وقد صححه ابن السكن إلا أن للحديث طرقاً أخرى يتقوى بها ، فمنها ما ذكره ابن حجر ، ولابن ماجة من حديث أبي هريرة رضي الله عنه بسند صحيح : « ثلاث لا يمنعن » وهو في السنن برقم (٢٤٧٣)، ومنها أيضاً عن ابن عمر » ، وقد وهم الخطيب التبريزي في مشكاة المصابيح : ٩٠٤/٢ ، الحديث (٣٠٠١) ، حيث عزا حديث ابن عباس لأبي داود ، وإنما خرَّج أبو داود ، حديث رجل من أصحاب النبي ﷺ فقط .

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب المساقاة ، باب من قال : إن صاحب الماء أحق بالماء ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب تحريم بيع فضل الماء .

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند ضمن مسند عمرو بن شعيب .

أي الحافر ( بمائها كحفر السفارة في بعض المنازل ) بئراً ليرتفقوا بمائها ، وكحفر المنتجين ( كالأعراب والتركمان ينتجون أرضاً فيحفرون لشربهم وشرب دوابهم لم يملكوها ) لأنهم جازمون بانتقالهم عنها وتركها لمن ينزل منزلتهم ، بخلاف الحافر للتملك ، (وهم أحق بمائها ما أقاموا ) لسبقهم ، ( وعليهم بذل الفاضل ) من الماء ( لشاربه ) للخبر السابق ( وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين ) لأنه ليس أحد ممن لم يحفرها أحق من الآخر ، ( فإن عادوا ) أي الحافرون ( إليها كانوا أحق بها ) من غيرهم ، لأنهم لم يحفروها إلا لأنفسهم ، ومن عادتهم الرحيل والرجوع ، فلم تزل أحقيتهم بذلك .

( قال في المغني ) والشرح : ( وعلى كل حال لكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه، وطهارته، وغسل ثيابه، وانتفاعه به ، في أشباه ذلك ) أي المذكور من الشرب والطهارة، وغسل الثياب ( مما لم يؤثر فيه من غير إذن ) ربه ( إذا لم يدخل إليه في مكان محوط عليه ، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك ) لحديث أبي هريرة مرفوعاً : «ثَلاثَةٌ لا يَنْظُرُ اللهُ إِلَيْهِمْ وَلا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ : رَجُلٌ كَانَ بِفَضْلِ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ فَمَنَعَهُ ابْنَ السَّبِيلِ » [(١)] رواه البخاري ، فأما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ، فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذله لذلك ، وإلا فلا ، وتقدم .

( وقال الحارثي : الفضل الواجب بذله ما فضل عن شفته وشفة عياله ، وعجينهم ، وطبيخهم ، وطهارتهم ، وغسل ثيابهم ، ونحو ذلك ، وعن مواشيه ، ومزارعه ، وبساتينه ) لأن ذلك كله من حاجته ، وإن حفر البئر بموات تملكها ، فهي له كما يأتي كما لو حفرها بملكه الحي .

★ ★ ★

## ( فصل في إحياء الأرض الموات )

وإحياء الأرض الموات ( أن يحوزها بحائط منيع ) بحيث ( يمنع ) الحائط ( ما وراءه ) لقوله ﷺ : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ » [(٢)] رواه أحمد وأبو داود عن جابر ،

---

(١) الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب المساقاة ، باب من رأى أن صاحب الحوض ، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان ، باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود الطيالسي في المسند (ص١٢٢) ، الحديث (٩٠٦) ، واللفظ له ، وأخرجه أحمد : ٥/ ٢١ ، وأخرجه أبو داود في السنن من طريق أحمد ، كتاب الخراج والإمارة ، باب في إحياء الموات ، الحديث (٣٠٧٧) ، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ٧/ ٢٥٢ ، الحديث (٦٨٦٤) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٦/ ١٤٢ ، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضاً.

ولهما مثله عن سمرة بن جندب ( ويكون البناء مما جرت عادة ) أهل (البلد البناء به) من لبن، أو آجر، أو حجر ، أو قصب ، أو خشب ونحوه، ( سواء أرادها ) المحيي (لبناء، أو زرع، أو ) أرادها ( حظيرة غنم ، أو ) حظيرة ( خشب ونحوهما ، ولا يعتبر في ذلك) أي في الإحياء ( تسقيف ) ولا نصب باب ، لأنه لم يذكر في الخبر ، والسكنى ممكنة بدونه ، ( أو ) أن ( يجري لها ماء بأن يسوق إليها ) ماء نهر، أو بئر (إن كانت لا تزرع إلا به ) أي بالماء المسوق إليها ، لأن نفع الأرض بالماء أكثر من الحائط ، ( أو ) أن (يحفر فيها بئراً يكن فيها ماء ، فإن لم يصل إلى الماء فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء على ما يأتي ) تفصيله . قال في التلخيص وغيره : وإن خرج الماء استقر ملكه إلا أن تحتاج إلى طي ، فتمام الإحياء طيها ، ( أو ) أن يغرس فيها شجراً ، بأن كانت لا تصلح للغراس لكثرة أحجارها أو نحوها، فينقيها ويغرسها، لأنه يراد للبقاء كالحائط، ( أو) أن ( يمنع ) عن الموات ( ما لا يمكن زرعها إلا بحبسه عنها ، كأرض البطائح ) لأن بذلك يتمكن من الانتفاع بها ، ولا يعتبر أن يزرعها ويسقيها ، ( وإن كان المانع من زرعها كثرة الأحجار كأرض اللجاة ) ناحية بالشام ، ( فإحياؤها بقلع أحجارها وتنقيتها ، وإن كانت غياضاً وأشجاراً كأرض الشعر فبأن يقلع أشجارها ، ويزيل عروقها المانعة من الزرع) لأنه الذي يتمكن به من الانتفاع بها ، ( ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث والزرع) لأنه لا يراد للبقاء بخلاف الغرس ، ( ولا ) يحصل الإحياء أيضاً ( بخندق يجعله عليها) أي حول الأرض التي يريد إحياءها ، ( أو ) بـ ( شوك وشبهه يحوطها به ، ويكون تحجراً ) لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو ذلك ، ( وإن حفر ) في موات ( بئر عادية ) -بتشديد الياء- نسبة إلى عاد ، ولم يرد عاداً بعينها ، لكن لما كانت عاد في الزمن الأول وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كل قديم ، فلذا قال : ( وهي القديمة التي انطمت وذهب ماؤها ، فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فاستخرجه ملكها وملك حريمها خمسين ذراعاً من كل جانب ، و) البئر ( غير العادية ) حريمها (على النصف ) من حريم العادية فهو خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب ، لما روي أبو عبيد في الأموال عن سعيد بن المسيب قال : « السُّنَّةُ فِي حَرِيمِ القَلِيبِ العَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعاً ، والبَدِيءُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ » ، وروى الخلال والدارقطني نحوه مرفوعاً . وعلم من كلامه : أن البئر التي لها ماء ينتفع به الناس ليس لأحد احتجاره كالمعادن الظاهرة ، ( وحريم عين وقناة ) من موات حولها ( خمسمائة ذراع ) . قلت : لعل المراد بذراع اليد ، لأنه المتبادر عند الإطلاق .

( وحريم نهر من حافتيه ما يحتاج ) النهر ( إليه لطرح كرايته ) أي ما يلقى منه طلباً

لسرعة جريه ، ( وطريق شاويه ) أي قيّمه . قال في شرح المنتهي : والكراي والشاي لم أجد لهما أصلاً في اللغة بهذا المعنى ، ولعلهما مولدتان من قبل أهل الشام ، ( وما يستضر صاحبه بتملكه عليه وإن كثر ) ، وكذا ما يرتفق بدخوله لأنه من مصالحه ، (وله) أي لصاحب النهر ( عمل أحجار طحن على النهر ونحوه وموضع غرس وزرع ونحوهما ) قاله في الرعاية . قال : وإن كان يجنبه مسناة لغيره ارتفق بها في ذلك ، أي في تنظيفه ضرورة ، ( وحريم شجرة : قدر مد أغصانها ، و) الحريم ( في النخل ) مد جر يدها لحديث أبي سعيد : « اخْتُصِمَ إلى النَّبِيِّ ﷺ في حَرِيمِ نَخْلَة ، فَأَمَرَ بِجَرِيدَةٍ مِنْ جَرَائِدِهَا فَذُرِعَتْ فَكَانَتْ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ أَوْ خَمْسَةَ أَذْرُعٍ ، فَقَضِيَ بِذَلِكَ » [١] رواه أبو داود .

( و ) حريم ( أرض ) أحييت ( لزرع ) قدر ( ما يحتاجه ) زراعها ( لسقيها، وربط دوابها، وطرح سبخها ونحو ذلك ) كمصرف مائها عند الاستغناء عنه ، لأن ذلك كله من مرافقها، ( وحريم دار من موات حولها مطرح تراب، وكناسة، وثلج، وماء، وميزاب وممر إلى بابها ) لأن هذا كله يرتفق به ساكنها ، ( ولا حريم لدار محفوف بملك الغير ) من كل جانب ، لأن الحريم من المرافق ولا يرتفق بملك غيره ، لأن مالكه أحق به ، (ويتصرف كل واحد ) منهم ( في ملكه ، وينتفع به بحسب ما جرت به العادة ، فإن تعدى ) العادة ( منع ) التعدي ، عملاً بالعادة ، ( ومن تحجر مواتاً ) أي شرع في إحيائه من غير أن يتمه ( بأن حفر بئراً ولم يصل إلى مائها ، أو أدار حول الأرض ) التي أراد إحياءها ( تراباً، أو أحجاراً، أو جداراً صغيراً ) لا يمنع ما وراءه ، ( أو سبق إلى شجر مباح كالزيتون والخرنوب ونحوهما ، فشفاه ) -بالشين المعجمة والفاء- أي قطع الأغصان الرديئة لتخلفها أغصان جيدة ، كما ذكره في حاشية التنقيح ، وأطال فيه وذكرناه في حاشية المنتهى ، ( وأصلحه ولم يركبه ونحو ذلك بأن خندق حول الأرض، أو حرثها، أو أدار حولها شوكاً ) أو نحوه لم يملكه بذلك ، ( أو أقطعه له إمام لم يملكه بذلك ) لأن الملك إنما يكون بالإحياء ، ولم يوجد ، ( وهو ) أي المتحجر ( أحق به ) لقوله ﷺ: « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » [٢] رواه أبو داود .

( و ) كذا ( وارثه ) بعده ) يكون أحق به من غيره ، لقوله ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقّاً أَوْ مَالاً فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » [٣] ، ولأنه حق للموروث فقام وارثه مقامه فيه كسائر حقوقه ، ( وكذا

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية ، أبواب من القضاء ، الحديث (٣٦٤٠) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الكفالة ، باب الدَّين ، وأخرجه مسلم في كتاب الفرائض ، باب من ترك مالاً فلورثته .

من ينقله ) المتحجر، أو وارثه ( إليه بغير بيع ) فيكون أحق به من غيره ، لأن من له الحق أقامه مقامه فيه ، ( وليس له ) أي المتحجر، أو وارثه، أو من انتقل إليه من أحدهما ( بيعه) لأنه لم يملكه ، وشرط المبيع أن يكون مملوكاً ، ( فإن ركب ، أي أطعم الزيتون والخرنوب ) بعد أن شفاه وأصلحه ( ملكه ) لأنه تهيأ بذلك للانتفاع به لما يراد منه ، فهو كسوق الماء إلى الأرض الموات ، ( و ) ملك أيضاً ( حريمه ) تبعاً له، وتقدم.

( فإن لم يتم إحياؤه ) أي إحياء ما تحجر مما تقدم ، ( أو طالت المدة عرفاً كنحو ثلاث سنين ؛ قيل له ) أي المتحجر : ( إما أن تحييه ) فتملكه ، ( أو تتركه ) لمن يحييه ( إن حصل متشوق للإحياء ) لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم ، فلم يمكن من ذلك، كما لو وقف في طريق ضيق، أو مشرعة ماء، أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع ، ( فإن طلب ) المتحجر ( المهلة لعذر أمهل شهرين، أو ثلاثة، أو أقل على ما يراه الحاكم ) لأنه يسير ، ( وإن لم يكن له عذر فلا يمهل ) بل يقال له : إما أن تعمر، وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها ، ( وإن أحياه غيره ) أي غير المتحجر ( في مدة المهلة، أو قبلها لم يملكه ) لمفهوم قوله ﷺ: « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » ، ولأنه إحياء في حق غيره ، فلم يملكه ، ولأن حق المتحجر أسبق فكان أولى ، ( و ) إن أحياه أحد ( بعدها ) أي بعد مضي مدة المهلة ( ملكه ) من أحياه .

قال في الإنصاف : لا أعلم فيه خلافاً . انتهى ، وذلك لأن الأول لا ملك له ، وحقه زال بإعراضه حتى مضت مدة الإمهال ، ( ومن نزل عن وظيفته ) من إمامة، أو خطابة، أو تدريس ونحوه ( لزيد ، وهو ) أي زيد ( لها ) أي الوظيفة ( أهل لم يتقرر غيره فيها ) لتعلق حقه بها ، ( فإن قرر هو ) أي قرره من له الولاية كالناظر تم الأمر له ( وإلا ) أن لم يقرره من له ولاية التقرير ، ( فهي ) أي الوظيفة ( للنازل ) لأنه لم يحصل منه رغبة مطلقة عن وظيفته . ( وقال الشيخ : لا يتعين المنزول له ، ويولي من له الولاية من يستحقها شرعاً ) واعترضه ابن أبي المجد ، بأنه لا يخلو إما أن يكون نزوله بعوض أو لا ، وعلى كل لم يحصل منه رغبة مطلقة عن وظيفته ، ثم قال : وكلام الشيخ في قضية عين ، فيحتمل أن المنزول له ليس أهلاً ، ويحتمل عدمه . قال في المبدع : وفيه نظر ، فإن النزول يفيد الشغور ، وقد سقط حقه بشغوره ، إذ الساقط لا يعود ، وقوله في قضية عين: الأصل عدمه . وقال الموضح: ملخص كلام الأصحاب: يستحقها منزول له إن كان أهلاً ، وإلا فلناظر تولية مستحقها شرعاً . انتهى .

ومما يشبه النزول عن الوظائف : النزول عن الإقطاع ، فإنه نزول عن استحقاق يختص به لتخصيص الإمام له استغلاله ، أشبه مستحق الوظيفة ، وأخذ العوض عن ذلك قريب

من الخلع ، كما قاله ابن نصر الله وغيره . قلت : وإن لم يتم النزول فله الرجوع بما بذله من العوض ، لأن البدل لم يسلم له . ( وقال ابن القيم : ومن بيده أرض خراجية فهو أحق بها بالخراج كالمستأجر ) لأن عمر رضي الله عنه أقرها بأيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها كل عام ، فملكوا منافعها بالخراج الذي يبذلونه ، ( ويرثها ورثته كذلك ) فيكونون أحق بها بالخراج ، ( وليس للإمام أخذها منه ) أي ممن هي بيده، ولا من ورثته ، ( ودفعها إلى غيره ) لأنه أحق بها من غيره ، ( وإن نزل عنها، أو آثر بها) أحداً ، ( فالمنزول له ) أحق بها ، ( والمؤثر أحق بها ) من غيره ، ( وتقدم في الأرضين المغنومة ، ( ومثله ما صححه صاحب الفروع وغيره : لو آثر شخصاً بمكانه في الجمعة لم يكن لغيره ) أي المؤثر ( سبقه إليه ، لأنه أقامه مقامه ، أشبه من تحجر مواتاً، أو سبق إليه ) أي الموات ، ( أو آثر به ) فإنه ليس لأحد سبقه إليه . قال في الفروع : ويتوجه مثله ، أي المتحجر في أنه أحق به ومن ينقله إليه في نزول مستحق عن وظيفة لزيد ، هل يتقرر فيها غيره ؟ ، ( فمراد صاحب الفروع بالتشبيه المذكور : أنه لم يتم النزول المذكور ، إما لسكونه قبل القبول من المنزول له ، أو قبل الإمضاء إذا كان النزول معلقاً بشرط الإمضاء ممن له ولاية ذلك ، فإنه حينئذ يشبه المتحجر ، فيجري فيه ما فيه من الخلاف ، أما إذا تم النزول إما بالقبول ) من المنزول له ، ( أو الإمضاء ) ممن له ولاية ذلك ( ووقع ) المنزول ( الموقع ) لأهلية المنزول له وانتفاء الموانع ، ( فليس لأحد التقرر ) عن المنزول له ، ( ولا ) لناظر ولا غيره ( التقرير فيه ) أي في المنزول عنه ، لأن الحق انتقل إلى المنزول له عاجلاً بقبوله ، ولا يتوقف على تقرير ناظر ولا مراجعته ، إذ هو حق له نقله إلى غيره وهو مطلق التصرف في حقوقه ، ليس محجوراً عليه في شيء منها، أشبه سائر حقوقه ، هذا وما ذكره المصنف قبله ملخص كلام ابن أبي المجد ، وقد ذكره بطوله في شرح المنتهى ، ( وهو ) أي المنزول عنه ( حينئذ يشبه بالمتحجر ) -بفتح الجيم- ( إذا أحياه من تحجره ، و) يشبه ( بالمؤثر بالمكان إذا صار فيه ) ليس لأحد نزعه فيه ، (لأنه لا يرفع يد المحيي عما أحياه ولا المؤثر يزال من المكان الذي أوثر به وصار فيه ) بل هو أحق به .

★ ★ ★

## ( فصل في الإقطاع )

وقد قسمه الأصحاب إلى ثلاثة أقسام : إقطاع تمليك ، وإقطاع استغلال ، وإقطاع إرفاق . وقسم القاضي إقطاع التمليك إلى موات ، وعامر ، ومعادن ، وجعل إقطاع الاستغلال على ضربين : عشر ، وخراج ، ( وللإمام إقطاع موات لمن يحييه ) لأنه ﷺ

« أَقْطَع بِلالَ بْنَ الْحَارِثِ العَقِيقَ ، وَأَقْطَعَ وائِلَ بْنَ حَجرٍ أَرْضاً » ، وأقطع أبو بكر، وعمر، وعثمان وجمع من الصحابة ، ( ولا يملكه ) أي الموات ( بالإقطاع ) لأنه لو ملكه ما جاز استرجاعه ، ( بل يصير ) المقطع ( كالمتحجر الشارع في الإحياء ) لأنه ترجح بالإقطاع على غيره ، ويسمى تملكاً لما له إليه ، ( ولا ينبغي للإمام أن يقطع إلا ما قدر ) المقطع (على إحيائه) لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم مما لا فائدة فيه ، ( فإن أقطع ) الإمام أحداً ( أكثر منه ) أي مما يقدر على إحيائه ، ( ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه ) الإمام منه ، كما استرجع عمر من بِلالِ بنِ الحَارِثِ ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه أيام الرسول ﷺ .

( وله ) أي للإمام ( إقطاع غير موات تمليكاً وانتفاعاً للمصلحة ) لما تقدم ، ( ويجوز الإقطاع من مال الجزية ) المعروف في مصر بالجوالي ، ( كما في الإقطاع من مال الخراج، والظاهر أن مرادهم ) أي الأصحاب ( بالمصلحة ) التي يجوز الإقطاع لأجلها ( ابتداء ودواماً ، فلو كان ابتداؤه ) أي الإقطاع ( لمصلحة ثم في أثناء الحال فقدت ) المصلحة ، (فللإمام استرجاعها ) أي الأرض التي أقطعها ، لأن الحكم يدور مع علته ، ( وله ) أي الإمام ( إقطاع الجلوس في الطريق الواسعة ، وفي رحاب المساجد المتسعة غير المحوطة ) لأن له في ذلك اجتهاداً من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة ، فكان للإمام أن يجلس فيها ( ما لم يضيق على الناس ، فيحرم ) عليه أن يجلس من يري أنه يضر بالمارة ، ( ولا يملك ذلك المقطع ، ويكون ) ( أحق بالجلوس فيها ) بمنزلة السابق إليها بلا انقطاع ، لكن لا يسقط حقه بنقل متاعه بخلاف السابق ( ما لم يعد الإمام فيه ) أي في إقطاعه ، لأنه كما أن له اجتهاداً في الإقطاع له اجتهاد في استرجاعه ، وعلم مما تقدم : أن رحبة المسجد لو كانت محوطة لم يجز إقطاع الجلوس بها ، لأنها من المسجد، ( فإن لم يقطعها ) أي الطريق الواسعة ورحاب المسجد غير المحوطة ( الإمام ) أحداً ، ،فلمن سبق إليها الجلوس فيها بغير إذنه ) لقوله ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لم يَسْبَقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أحَقُّ بِهِ » [1] ، واتفق أهل الأمصار في سائر الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير نكير ، ومحله ما لم يضيق أو يضر بالمارة ، ( ويكون ) السابق إليها (أحق بها ولو ليلاً ، ما لم ينقل متاعه عنها ) لما سبق ، ( وإن أطال الجلوس فيها أزيل) لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساويه فيه غيره ، وإن قام وترك متاعه لم يجز لغيره إزالته ، وإن نقل متاعه كان لغيره الجلوس فيها ، ولو لم يأت الليل ، ( وإن )

---

(١) سبق تخريجه .

نقل متاعه، لكن ( أجلس غلامه، أو أجنبياً ليحفظ له المكان حتى يعود ، فهو كما لو ترك المتاع فيه ) فليس لغيره الجلوس فيه ، ( وليس له ) أي الجالس بطريق واسع ونحوه ( الجلوس ، بحيث يمنع جاره رؤية المعاملين لمتاعه ، أو ) يمنع ( وصولهم ) أي المعاملين ( إليه ) أي إلى جاره ، ( أو يضيق عليه ) أي على جاره ( في كيل، أو وزن، أو أخذ، أو إعطاء ) لحديث : « لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ » .

( وله ) أي الجالس بطريق واسع، أو رحبة مسجد غير محوطة ( أن يظلل على نفسه فيها بما لا ضرر فيه من بارية ) أي حصير ( وكساء ) لدعاء الحاجة إلى ذلك ، ( وليس له أن يبني دكة ولا غيرها ) في الطريق ولو واسعاً ، وتقدم في الصلح ، ولا في رحبة المسجد لما فيه من التضييق ، ( فإن سبق اثنان فأكثر إليها ) أي إلى الطريق الواسع، أو إلى رحبة المسجد غير المحوطة ، ( أو ) سبق ( إلى خان مسبل ، أو ) سبق إلى ( رباط، أو ) إلى ( مدرسة ، أو ) إلى ( خانكاه ) ويقال : خانقاه ، ( ولم يتوقف فيها ) أي المذكورات من الرباط، والمدرسة، والخانكاه ( على تنزيل ناظر ) وضاق المكان عن انتفاع جميعهم ( أقرع ) لأنهم استووا في السبق ، والقرعة مميزة ، ( ومن سبق إلى معدن مباح) غير مملوك ، ( فهو أحق بما يناله منه ) باطناً كان المعدن أو ظاهراً ، لحديث : «مَنْ سَبَقَ إلى مَا لَم يَسْبَقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » [1] .

( ولا يمنع ) السابق ( ما دام آخذاً ) للحديث ، ( ولو طال ) مقامه ، ( و ) قال (في المغني والشرح : فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منه منع من ذلك) لعدم دعاء الحاجة إليه ، ( فإن سبق اثنان فأكثر إليه ) أي إلى المعدن المباح ، ( وضاق المكان عن أخذهم جملة أقرع كطريق ) أي كما لو سبق اثنان فأكثر إلى طريق واسع وضاق عن جلوسهما ، فيقرع بينهما كما سبق ، ( وإن حفره ) أي المعدن ( إنسان من جانب آخر ) غير الذي حفر منه السابق ، ( فوصل إلى النيل لم يكن له ) أي السابق (منعه ) لأن حقه إنما تعلق بما وصل إليه دون غيره ، ( ومن سبق إلى مباح فأخذه مثل ما ينبت في الجزائر والرقاق ، وكل موات من الطرفاء، والقصب، والشعر ، وثمر الجبل وغير ذلك من النباتات ، أو ) سبق ( إلى صيد ولو سمكاً، أو ) سبق إلى ( عنبر وحطب، وثمر ) مباح ( ولؤلؤ، ومرجان ونحوه ) كمسك، وعسل نحل ، ( وما ينبذه الناس رغبة عنه ) كعظم به شيء من لحم رغب عنه ، ونثار في عرس ونحوه ، وما يتركه الحصاد من الزرع واللقاط من الثمر رغبة عنه ( ملكه ) آخذه مسلماً كان أو ذمياً للحديث

---

(١) سبق تخريجه .

السابق ( والملك مصور فيه على القدر المأخوذ ) فلا يملك ما لم يحزه ولا يمنع غيره منه .
( وإن سبق إليه ) أي المباح ( اثنان ) فأكثر ( قسم بينهما ) بالسوية ، لأنهم استووا فى السبب والقسمة ممكنة ، وحذراً من تأخير الحق ، ( ولو كان الآخذ للتجارة، أو الحاجة ) أي لا فرق بين الحاجة والتاجر ، لأن الاستحقاق بالسبب لا بالحاجة ، ( ولا يقترعان ) بل يقتسمان لما سبق ، ( وكذا لو سبق ) واحد أو اثنان فأكثر ( إلى ما ضاع من الناس مما لا تتبعه الهمة ) أي همة أوساط الناس لأنه يملكه بمجرد الالتقاط ، ولا يحتاج لتعريف (و ) كذا من سبق إلى ( ما يسقط من الثلج، والمن، وسائر المباحات ) كالإذن ، ( وإن سبق ) إنسان ( إلى لقيط ، أو ) إلى ( لقطة ، أو ) سبق ( إلى طريق فهو أحق به ) لحديث « من سبق إلخ » .

( فإن رأى اللقطة ) أو اللقط ( واحد وسبق آخر إلى أخذها ) أو أخذه أي اللقيط ، (فهي ) وهو أي اللقيط ( لمن سبق ) للحديث ، ( فإن ) رآهما اثنان و( أمر أحدهما صاحبه بأخذها ) أو أخذه ( فأخذها ) أو أخذه ( ونواه ) أي الآخذ ( لنفسه ، فهي ) أي اللقطة أو اللقيط ( له ) أي للآخذ ، لأنه السابق وقد عزل نفسه عن التوكيل بنية الأخذ له ، ( وإلا ) بأن لم يأخذها لنفسه ، فاللقطة واللقيط ( لمن أمره ) بالأخذ له ( في قول) من يقول بصحة التوكيل في الالتقاط ، وجزم به الموفق وغيره ، والمذهب لا يصح . وتقدم في الوكالة ، وتقدم الفرق بينه وبين الاصطياد .

★ ★ ★

## ( فصل في مسائل من أحكام الانتفاع بالمياه غير المملوكة ونحوها )

( وإذا كان الماء في نهر ) صغير ( غير مملوك كمياه الأمطار ، و) كـ ( الأنهار الصغار وازدحم الناس فيه ) أي الماء ( وتشاحوا فلمن في أعلاه ) أي النهر ( أن يبدأ ) بالسقي ، ( فيسقي ) أرضه ( ويحبس الماء ) بها ( حتى يصل إلى كعبه ثم يرسله إلى من يليه ) فيسقي ويحبسه إلى أن يصل إلى كعبه ، ثم يرسله إلى من يليه فيفعل ( كذلك ) وهلم جرا ( إلى آخرهم ) لحديث عبادة أن النبي ﷺ « قَضَى فِي شُرْبِ النَّخْلِ مِنَ السَّيْلِ أَنَّ الأَعْلَى يَشْرَبُ قَبْلَ الأَسْفَلِ ، وَيَتْرُكُ المَاءَ إلى الكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ المَاءَ إلى الأَسْفَلِ الذِي يَلِيهِ ، وَكَذَلِكَ حَتَّى تَنْقَضِي الحَوَائِطُ ، أَوْ يَفْنَى المَاءُ » [1] رواه ابن ماجة وعبد الله ابن أحمد . ومعناه قصة الزبير مع الأنصاري في الصحيحين .

---

(١) الحديث من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه أحمد في المسند : ٤٥٣/٣ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الأقضية ، باب أبواب من القضاء الحديث (٣٦٣٥) ، وسبق تخريجه مفصلاً .

( فإن لم يفضل ) من الماء ( من الأول ) شيء، ( أو ) لم يفضل ( عمن يليه ) أي الأول ( شيء فلا شيء للباقي ) أي لمن بعده لأنه ليس له إلا ما فضل ، فهو كالعصبة مع أصحاب الفروض في الميراث ، ( وإن كان بعض أرض أحدهم مستقلاً ، و ) كان (بعضها مستعلياً سقي كل واحدة على حدتها ) أي انفرادها ، فيسقي الأعلى ثم يرسل الماء إلى من يليه ، ثم كذلك حتى يصل إلى الأسفل فيسقيه لما تقدم ، ( فإن استوى اثنان ) فأكثر ( في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما ) على قدر الأرض ( إن أمكن) قسمه لتساويهما في الحق ، ( وإلا ) بأن لم يمكن قسمه بينهم ( أقرع فإن كان الماء لا يفضل عن ) سقي ( أحدهما سقي القارع ) أو لا ( بقدر حقه من الماء ، ثم يتركه ) أي الماء ( للآخر ، وليس له أن يسقي بجميع الماء لمساواة الآخر له ) في استحقاق الماء ، (وإنما القرعة للتقدم ) في استيفاء الحق لا في أصل الحق ( بخلاف الأعلى مع الأسفل ، فإنه ليس للأسفل حق إلا في الفاضل عن الأعلى ) كما تقدم ، ( وإن كانت أرض أحدهما أكثر من ) أرض ( الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض ) فلو كان لأحدهما جريب وللآخر جريبان مثلاً قسم بينهما أثلاثاً ، لذي الجريب ثلث وللآخر ثلثان . وهكذا ، لأن من أرضه أكثر مساو للآخر في القرب ، فاستحق جزءاً من الماء في نظير الزائد ، ( ولو احتاج الأعلى إلى الشرب ) أي سقي أرضه ( ثانياً قبل انتهاء سقي الأرض لم يكن له ذلك ) إلى أن ينتهي سقي الأراضي ليحصل التعادل ، ( ومن سبق إلى قناة لا مالك لها وسبق آخر إلى بعض أفواهها من فوق أو من أسفل ، فلكل واحد منهما ما سبق إليه ) لحديث : « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لم يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » .

( ولمالك أرض منعه من الدخول بها ) أي بأرضه ، ( ولو كانت رسومها ) أي القناة ( في أرضه ) فلا يدخل المحيي أرض الغير بغير إذنه ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، ولا يعارضه ما تقدم في الصلح من دلالة الرسوم على المالك ، لأن المحيي إنما يملك القناة بالإحياء . فوجود الرسوم لا يدل على سبق ملكه بخلاف الجار ونحوه ممن ملكه ثابت ، ( وإنه ) -بكسر الهمزة- على الاستئناف ( لا يملك ) رب أرض ( تضييق مجرى قناة في أرضه خوف لص ، لأنه ) أي مجراها ( لصاحبها ) أي القناة فلا يتصرف غيره فيه بغير إذنه ، ( وإن كان النهر كبيراً لا يحصل فيه تزاحم كالنيل، والفرات، ودجلة، فلكل أحد أن يسقي منه ما شاء، متى شاء، كيف شاء ) لأنه لا ضرر في ذلك، ( فإن أراد إنسان إياء أرض يسقيها منه ) أي من السيل ، ( أو ) يسقيها (ـ من غير مملوك تجري فيه مياه الأمطار ولو كان أقرب إلى أول النهر لم يمنع ) أي لم يمنعه من له حق في هذا الماء من الإحياء لأن حقه في الماء لا في الموات ( ما لم يضر بأهل الأرض

الشاربة منه ) فيملكون منعه دفعاً للضرر عنهم ، ( ولا يسقي ) من أحيا بعدهم ( قبلهم ) لأن حقهم أسبق ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها ، فلا يملك غيره إبطال حقوقها وسبقهم إياه بالسقي من حقوقها ، ( ولو أحيا سابق في أسفله ) أي النهر الصغير ، (ثم) أحيا ( آخر فوقه ، ثم ) أحيا ( ثالث فوق الثاني سقي المحيي أو لا ، ثم ) سقي (الثاني ، ثم ) سقي ( الثالث ) لأن المعتبر السبق إلى الإحياء لا إلى أول النهر ، ( ولو كان الماء بنهر مملوك كحفر نهر صغير سيق الماء إليه من نهر كبير ، فما حصل فيه من الماء ملك ) للحيازة ، ( فلو كان ) النهر ( لجماعة ، فـ ) الماء ( بينهم ) على قدر ملكهم في النهر ، وذلك معنى قوله ( على حسب العمل والنفقة ) لأنه إنما ملك بالعمارة . والعمارة بالنفقة والعمل ، ( فإن لم يكفهم ) الماء ، ( وتراضوا على قسمته جاز ) لأن الحق لا يعدوهم ، ( وإلا ) أي لم يتراضوا على قسمته ( قسمة الحاكم) بينهم ( على قدر ملكهم ) أي قسم لكل واحد من الماء بقدر ما يملك من النهر ، ( فتؤخذ خشبة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فتوضع على موضع مستو من الأرض في مصدم الماء فيه ) أي المذكور من الخشبة، أو الحجر ( حزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل حز أو ثقب إلى ساقيه مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به ) فيتصرف فيه بما أحب ، لأنه انفرد بملكه ، ( فإن كانت أملاكهم ) مستوية فواضح وإن كانت ( مختلفة قسم ) الماء ( على قدر ذلك ) أي أملاكهم ، ( فإن كان لأحد نصفه وللثاني ثلثه وللثالث سدسه ، جعل فيه ستة ثقوب ، لصاحب النصف ثلاثة ) ثقوب ( تصب في ساقيته : ولصاحب الثلث اثنان ) يصبان في ساقيته ، (ولصاحب السدس واحد ) يصب في ساقيته ، ( فإن أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز ) له ذلك ( بغير رضاه ) لأنه يتصرف في ساقيته، ويخرب حافتها، ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز ، ( وما حصل لأحدهم في ساقيه تصرف فيه بما أحب من عمل رحي عليها ) أي الساقية ، ( أو ) عمل ( دولاب أو عبارة ) -بالعين المهملة والباء الموحدة - ( وهي خشبة تمد على طافي النهر ، أو ) عمل (قنطرة يعبر الماء عليها أو غير ذلك من التصرفات ) لأنها ملكه لا حق لغيره فيها ، (وأما النهر المشترك ) بين جماعة ( فليس لأحدهم أن يتصرف فيه بذلك ) أي بما أحب، ( فليس له ) أي أحد الشركاء ( فتح ساقية إلى جانبه ) أي النهر ( قبل المقسم ) -بكسر السين- أي موضع القسم وهو الحجر أو الخشبة التي بها الثقوب ( يأخذ حقه منها ولا أن ينصب على حافتي النهر رحى تدور بالماء ولا غير ذلك ) من نحو ما تقدم ، (لأن حريم النهر مشترك، فلم يملك التصرف فيه بغير إذنهم ) كسائر الحقوق المشتركة .

« تتمة » : نقل يعقوب فيمن غصب حقه من ماء مشترك للبقية أخذ حقهم ، ( وإذا اقتسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة وكان حق كل واحد منهم معلوماً مثل أن يجعلوا لكل حصة يوماً وليلة ، أو لواحد من طلوع الشمس إلى الزوال ، وللآخر ( من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك ) جاز ( أو اقتسموه بالساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم جاز إذا تراضوا به ) لأن الحق لا يتجاوزهم . ( وتقدم في الصلح : لو احتاج النهر ) المشترك ( ونحوه إلى عمارة ، أو كرى ) أي تنظيف وأنه على الشركاء بحسب أملاكهم ومن سد له ماء لجاهه فلغيره السقي منه لحاجة ما لم يكن تركه يرده على من سد عنه ، ( ومن ترك دابة بمهلكة، أو ) بـ ( فلاة لعجزه عن علفها، أو ) تركها بهما ( لانقطاعها ) أي عجزها عن المشي ( ويأسه منها ملكها مستنقذها نصاً ) لما روى الشعبي مرفوعاً : « مَنْ وَجَدَ دَابّةً عجز عَنْهَا أَهْلُهَا فَسَيَّبُوهَا فَأخَذَهَا فأحْيَاهَا فَهِيَ لَهُ » [1] . قال عبيد الله بن حميد ابن عبد الرحمن فقلت ، يعني للشعبي : من حدثك بهذا ؟ قال: غير واحد من أصحاب النبي ﷺ ، رواه أبو داود بإسناده والدارقطني ، ولأن فيه إحياءً لها ، وإنقاذاً من الهلاك وصوناً للمال عن الضياع ، وحفظاً لحرمة الحيوان .

( لا ) إن أخذ ( عبداً أو متاعاً تركه ) ربه ( عجزاً ) عنه ، فلا يملكه بذلك ، اقتصاراً على صورة النص ، ولأن العبد يمكنه في العادة التخلص إلى الأماكن التي يعيش بها ، والمتاع لا حرمة له في نفسه ، ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان ، فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى ، وتأكله السباع ، والمتاع يبقى ، ( ولا ما ألقى في البحر خوفاً من الغرق ) فلا يملكه آخذه . قال الحارث نص عليه . وقيل : يملكه آخذه قدمه في الفائق، والرعايتين ، وصححه في النظم ، وقطع به في التنقيح، والمنتهى ، وتبعهم المصنف في اللقطة في ظاهر كلامه ، ( أو انكسرت السفينة وأخرجه ) أي المتاع الذي كان فيها (قوم) فلا يملكونه ، ( فيرجع آخذه ) أي العبد على ربه ( بنفقة واجبة ، و) بـ (أجرة حمل متاع ) وإنقاذ العبد، أو المتاع من البحر ، وإن لم يأذن ربه كما يأتي في الجعالة ، لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من الهلكة ، ( وللإمام أن يحمي ) وفي نسخ : أن يحيي . والأول الصواب ، كما في المقنع والفروع وغيرهما . ويدل عليه آخر كلامه (أرض موات لرعي دواب المسلمين التي يقوم بحفظها من الصدقة، والجزية، ودواب الغزاة، و ) رعي (ماشية الضعفاء عن البعد للرعي وغير ذلك ، ما لم يضيق على المسلمين ) لقول عمر رضي الله تعالى عنه : « الْمَالُ مَالُ اللهِ ، وَالْعِبَادُ عِبَادُ اللهِ ، واللهِ لولا ما

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في السنن، كتاب البيوع ، باب فيمن أحيا حسيراً، الحديث (٣٥٢٤).

حُمِل عليهِ فِي سبيل الله ما حَميت مِن الأرش شبِراً في شِبرٍ » رواه أبو عبيد . قال مالك: بلغني أنه كان يحمل على أربعين ألفاً من الظهر في سبيل الله ، وروى أيضاً أن عثمان حمى ، واشتهر ولم ينكر ، فكان كالإجماع ( ليس ذلك ) أي الحمى ( لغيره ) أي الإمام لقيام الإمام مقام المسلمين ، فيما هو من مصالحهم دون غيره ، ( وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد ) من الأئمة أو غيرهم ( نقضه ولا تغييره ) لا ( مع بقاء الحاجة إليه ، و) لا مع (عدمها ولا إحياؤه ، فإن أحياه لم يملكه ) لأن النص لا ينقض بالاجتهاد ، (وكان له ﷺ فقط ) دون غيره ( أن يحمي لنفسه ) لقوله ﷺ : « لا حِمَى إلا للهِ وَلِرَسُولِهِ » [1] رواه أبو داود ، وذلك لأن صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين ، وما له كان يرده في المسلمين ، ففارق الأئمة في ذلك ، وساووه فيما كان صلاحه للمسلمين .

( ولم يفعل ) أي لم يحم ﷺ لنفسه شيئاً ، وإنما حمى للمسلمين . فروى ابن عمر قال : « حَمَى النَّبيُّ ﷺ النَّقيعَ لِخَيْلِ المُسْلِمِينَ » رواه أبو عبيد . والنقيع -بالنون- موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب ، ( وما حماه غيره ) أي غير النبي ﷺ ( من الأئمة جاز له ) أي لذلك الحامي نقضه ، ( و ) جاز ( للإمام غيره نقضه ) لأن حمى الأئمة اجتهاد في حماه في تلك المدة دون غيرها ، ( و ) ينبني على ذلك أنه ( يملكه محييه ) لأن ملك الأرض بالأحياء منصوص عليه ، والنص مقدم على الاجتهاد ، ( وليس للأئمة أن يحموا لأنفسهم شيئاً ) لما تقدم من قوله ﷺ : « لا حِمَى إلا للهِ وَلِرَسُولِهِ » ومن أخذ مما حماه إمام عزر في ظاهر كلامهم ) لافتياته على الإمام ، ( وظاهره : ولا ضمان ) على من أخذ مما حماه الإمام شيئاً ، إلا أنه مباح ، والمنع من حيث الافتيات فقط ، ولا يجوز لأحد أن يأخذ من أرباب الدواب عوضاً عن مرعى موات، أو حمى ، لأنه ﷺ « شَرَّكَ النّاسَ فِيهِ » قاله في الأحكام السلطانية . وإذا كان الحمى لكافة الناس تساوي فيه جميعهم فإن خص به المسلمين اشترك فيه غنيهم وفقيرهم ، ومنع منه أهل الذمة . وإن خص به الفقراء منع منه الأغنياء وأهل الذمة ، ولا يجوز أن يخص به الأغنياء ، ولا أهل الذمة .



(١) الحديث أخرجه البخاري من رواية ابن عباس عن الصعب بن جثامة رضي الله عنهما في كتاب المساقاة ، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ، والحمى المكان الذي يحمي من الناس والماشية ليكثر كلؤه .

# باب الجعالة

بتثليث الجيم ، روى عن ابن مالك ، مشتقة من الجعل ، بمعنى التسمية ، لأن الجاعل يسمى الجعل لمن يعمل له العمل ، أو من الجعل بمعنى الإيجاب . يقال : جعلت له كذا ، أي أوجبت ، ويسمى ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله : جعلا ، وجعالة ، وجعيلة ، قاله ابن فارس ، والأصل في مشروعيتها قوله تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ [1] ، وحديث اللديغ ، ( وهي جعل شيء ) من المال ( معلوم كأجرة ) بالرؤية، أو الوصف ، و( لا ) يشترط أن يكون معلوماً إن كان ( من مال حربي، فيصح أن يجعل الإمام من مال حربي ( مجهولاً ) كثلث مال فلان الحربي ونحوه لمن يدل على قلعة ونحوها ، وتقدم في الجهاد ( لمن يعمل له عملاً مباحاً) متعلق بجعل، ( ولو ) كان العمل المباح ( مجهولاً ) كخياطة ثوب لم يصفها ، ورد لقطة لم يعين موضعها ، لأن الجعالة له جائزة لكل منهما فسخها ، فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهولاً بخلاف إجارة ، ( و ) يصح أيضاً أن يجاعل ( على ) أن يعمل له ( مدة ولو مجهولة ) كمن حرس زرعي فله كل يوم كذا ( سواء جعله لمعين ، بأن يقول من تصح إجارته ) وهو جائز التصرف لزيد مثلاً ( إن رددت لقطتي فلك كذا ، فـ ) يستحقه إن ردها ، و(لا يستحق من ربها سواه ) أي سوى المخاطب بذلك ، لأن ربها لم يجاعله على ردها ، وإن كانت بيد إنسان فجعل له مالكها جعلاً ليردها لم يبح له أخذه ، ذكره في المبدع ، ( أو ) جعله لـ ( غير معين بأن يقول : من رد لقطتي أو وجدها ) فله كذا ، ( أو ) من ( بني لي هذا الحائط أو ) من ( رد عبدي ) الآبق ، ( فله كذا ، فيصح العقد ) مع كونه تعليقاً ، لأنه في معنى المعاوضة ، لا تعليقاً محضاً .

( ويستحق ) العامل ( الجعل بالرد ) أي بعمل ما جوعل عليه ، كرد اللقطة أو العبد، وبناء الحائط ونحوه ، ( ولو كان ) المسمى في رد الآبق ( أكثر من دينار ، أو ) أكثر من ( اثني عشر درهماً ) فضة ، لأنه قد استقر على الجاعل بالفعل ، ( وإن لم يكن ) المسمى ( أكثر ) من دينار أو اثني عشر درهماً ، ( فله ) أي العامل ( في ) رد ( العبد ) الآبق ( ما قدره الشارع ) ديناراً أو اثني عشر درهماً ، وتلغى التسمية ، قطع به الحارثي ، وصاحب المبدع ، لأن من أوجب عليه الشارع شيئاً مقدراً من المال عند وجود سبب استقر

---

(١) سورة يوسف ، الآية : ٧٢ .

عليه كاملاً بوجود سببه ، كأداء ربع مال الكتابة للمكاتب عند أدائه مال كتابته ، وقدم في الفروع أنه لا يستحق إلا المسمى . قال في التنقيح وشرح المنتهى: وهو ظاهر كلام غيره، وأطلق الوجهين في المنتهى ، ( فمن فعله ) أي العمل المسمى عليه الجعل (بعد أن بلغه الجعل استحقه كدين ) أي كسائر الديون عن العامل ، لأن العقد استقر بتمام العمل ، فاستحق ما جعل له كالربح في المضاربة ، ( و ) من بلغه الجعل ( في أثنائه ) أي أثناء العمل الذي سمي الجعل لمن عمله ( يستحق ) من الجعل ( حصة تمامه ) أي العمل إن أتمه بنية الجعل ، لأن عمله قبل بلوغ الجعل وقع غير مأذون فيه ، فلم يستحق عنه عوضاً، لأنه بذل منافعه متبرعاً بها ، ويأتي من فعله قبل أن يبلغه الجعل .

( والجماعة ) إن فعلت المجاعل عليه ( تقتسمه ) أي الجعل ، لأنهم اشتركوا في العمل الذي به استحق الجعل ، بخلاف ما لو قال : من دخل هذا الثقب فله دينار ، فدخله جماعة استحق كل واحد منهم ديناراً ؛ لأنه دخل دخولاً كاملاً بخلاف رد اللقطة ونحوه، فإنه لم يردها واحد منهم رداً كاملاً ، ومن نحو ذلك لو قال : من نقب السور فله دينار فنقبه ثلاثة نقباً واحداً اشتركوا في الدينار ، وإن نقب كل واحد نقباً استحق كل واحد ديناراً ، ( وإذا رد ) العامل اللقطة أو العبد ونحوهما ( لم يكن له الحبس ) أي حبس المردود ( على الجعل ) فإن حبسه عليه وتلف ضمنه .

( وإن تلف الجعل ) بيد المجاعل ( كان له ) أي العامل ( مثله إن كان مثلياً ، وإلا ) بأن لم يكن مثلياً ( فقيمته ) إذا رد ( فإن فاوت بينهم ) أي بين الجماعة العاملين ، (فجعل لواحد) على رده ( ديناراً ، و ) جعل ( لآخر ) دينارين ( اثنين ، و) جعل (لآخر ثلاثة ) دنانير ( جاز ) على ما تراضوا عليه ، ( فإن ) رده واحد استحق جعله ، وإن ( رده الثلاثة فلكل واحد ثلث جعله ) وإن رده اثنان منهم ؛ فلكل منهما نصف جعله وإن جعل لأحدهم ديناراً وللآخرين عوضاً مجهولاً فردوه ، فلصاحب الدينار ثلثه وللآخرين أجرة عملهما ، ( وإن جعل ) رب العبد الآبق مثلاً ( لواحد معين ) كزيد (شيئاً في رده ، فرده ) زيد ( هو وآخرون معه ، وقالا : رددناه معاونة له ) أي لزيد مثلاً ( استحق ) زيد ( جميع الجعل ، ولا شيء لهما ) لأنهما تبرعا بعملهما ، ( وإن قالا : رددناه لنأخذ العوض لأنفسنا ، فلا شيء لهما ) لأنهما عملا من غير جعل ، (وله) أي زيد ( ثلث الجعل ) لأنه عمل ثلث العمل .

( وإن نادى غير صاحب الضالة ، فقال : من ردها فله دينار ، فردها رجل ) أو امرأة ( فالدينار على المنادي ، لأنه ضمن ) أي التزم ( العوض ) ولا شيء على ربها ، لأنه لم يلتزمه ، ( وإن قال ) المنادي غير رب الضالة ( في النداء : قال فلان : من رد ضالتي فله

دينار ) ولم يكن ربها قال ذلك ، ( فردها رجل لم يضمن المنادي ) لأنه لم يلتزم (العوض) والراد مقصر بعدم الاحتياط .

( وإن رده ) أي العبد ونحوه ( من دون المسافة المعينة ، كأن قال ) رب آبق : ( من رد عبدي من بلد كذا فله كذا، فرده ) إنسان ( من بعض طريقه ) أي طريق البلد المسمى، ( فـ ) إنه يستحق ( بالقسط ) من الجعل المسمى ، فإن كان المحل الذي رُدَّ منه من نصف المسافة استحق نصف المسمى ، وإن كان أقل أو أكثر فبحسابه .

( و ) إن رده ( من ) موضع ( أبعد منها ) أي من البلدة المسماة ( له المسمى فقط ) لأنه لم يجعل للزائد على المسافة عوضاً ، فلم يستحق الراد في مقابلته شيئاً ، ( وإن رده) العامل ( من غير البلد المسمى ) ومن غير طريقه ، ( فلا شيء له ) لأن ربه لم يجعل على رده من غير البلد الذي عينه عوضاً ، فالراد متبرع بعمله ، ( كما لو جعل ) رب آبقين ( له في رد أحد عبديه ) كسالم شيئاً ( معيناً ، فرد ) العبد ( الآخر ) فلا يستحق المعين . قلت : بل ما قدره الشارع ، وكذا التي قبلها ، ( وإن قال ) رب : آبقين ( من رد عبدي ، فله كذا ، فرد أحدهما فله نصف الجعالة ) لأنه رد نصفها ، ويأتي : لو هرب قبل تسليمه لم يستحق شيئاً .

( ومن فعله ) أي العمل المجاعل عليه ( قبل أن يبلغه الجعل لم يستحقه ) أي الجعل، ولا شيئاً منه لأنه متبرع بعمله ، ( وحرم ) عليه ( أخذه ) أي الجعل ؛ لأنه من أكل المال بالباطل ، ( وسواء رده ) قبل بلوغ الجعل أو بعده ، إذ الجعل في مقابلة العمل لا التسليم ، أي سلم المردود ونحوه .

( ويصح الجمع بين تقدير المدة والعمل ) كأن يقول : من خاط لي هذا الثوب في يوم فله كذا ، فإن أتى به فيها استحق الجعل ولم يلزمه شيء آخر ، وإن لم يف به فيها ، فلا يلزمه شيء له ، قاله في الشرح ، بخلاف الإجارة ، فالجعالة وإن كانت نوع إجارة، لكن تخالفها في أشياء ، منها هذه المسألة، ومنها أن الفاعل لم يلتزم الفعل ، وإن العقد قد يقع لا مع معين ، كمن فعل كذا فله كذا ، ( وكل ما جاز أن يكون عوضاً في الإجارة جاز أن يكون عوضاً في الجعالة ) فيصح أن يجعل لعامل نفقته وكسوته ، كاستئجاره بذلك مفرداً، أو مع دراهم مسماة. وتزيد الجعالة بجعل مجهول من مال حربي، وتقدم .

( وكل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال جاز أخذه ) أي العوض (عليه في الجعالة ، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة ، كالغناء والزمر وسائر المحرمات ، لا يجوز أخذ الجعل عليه ) لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ

وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾[1] ، ( وما يختص أن يكون فاعله من أهل القربة ) بأن اشترط إسلام فاعله ، ( مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجعل عليه ) كما تقدم في الإجارة ، ( فأما ما يتعدى نفعه كالأذان ونحوه ) كتعليم فقه وقرآن وقضاء وإفتاء على تفصيل يأتي في القضاء ورقية ، ( فيجوز ) لحديث أبي سعيد ، ( وتقدم في الإجارة ) مفصلاً ، ( وإن جعل ) لمن عمل له عملاً ( عوضاً مجهولاً كقوله : من رد عبدي الآبق فله نصفه ، أو من رد ضالتي فله ثلثها ، أو فله ثوب ونحوه ) من المجهولات ، ( أو ) جعل له عوضاً ( محرماً كالخمر ، فله في ذلك كله أجرة المثل ) لأنه عمل بعوض لم يسلم له ، ( وإن قال من داوى لي هذا ) الجريح ( حتى يبرأ من جرحه أو ) داوى هذا المريض حتى يبرأ من ( مرضه ، أو ) داوى هذا الأرمد حتى يبرأ من ( رمده فله كذا لم يصح ) العقد فيها مطلقاً ، صححه في الإنصاف وغيره .

( وهي ) أي الجعالة ( عقد جائز ) من الطرفين . قال في الشرح : لا نعلم في ذلك خلافاً ( لكل واحد منهما ) أي من الجاعل والمجعول له المعين ( فسخها ) متى شاء كسائر العقود الجائزة ، ( فإن فسخها العامل ) ولو بعد شروعه في العمل ، ( ولم يستحق ) لما عمله ( شيئاً ) لأنه فوت على نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه ، كعامل المساقاة ، (وإن فسخها الجاعل ) قبل شروع العامل لم يلزمه شيء ، و( بعد الشروع فعليه للعامل أجرة ) مثل ( عمله ) لأنه عمل بعوض ولم يسلم له فكان له أجرة عمله وما عمله بعد الفسخ لا أجرة له عليه لأنه عمل غير مأذون فيه ، وإن زاد الجاعل ، أو نقص من الجعل قبل الشروع في العمل جاز وعمل به لأنها عقد جائز ، فجاز فيه ذلك كالمضاربة .

( وإن اختلفا في أصل الجعل ) أي التسمية بأن أنكرها أحدهما ، ( فقول من ينفيه ) لأن الأصل عدمه ، ( و ) إن اختلفا ( في قدره ) أي الجعل ( أو ) اختلفا في قدر (المسافة ) بأن قال الجاعل : جعلت ذلك لمن رده من عشرة أميال ، فقال العامل : بل من ستة أميال مثلاً ، ( فقول جاعل ) لأنه منكر لما يدعيه العامل زيادة عما يعترف به . والأصل براءته منه ، وكذا لو اختلفا في عين العبد الذي جعل العوض في رده ، ( ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل فلا شيء له ) لأنه بذل منفعته من غير عوض فلم يستحقه ، ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلتزمه ولم تطب نفسه به ، ( وإن لم يكن ) العامل معداً لأخذ الأجرة ، فإن كان ) معداً لذلك ( كالملاح ، والمكاري ، والحجام ، والقصار ، والخياط

---

(1) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

والدلال ونحوهم) كالنقاد، والكيال، والوزان وشبههم ( ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل وأذن له ) المعمول في العمل ، ( فله أجرة المثل ) لدلالة العرف على ذلك ، ( وتقدم معناه في الإجارة إلا في تخليص متاع غيره من بحر أو فم سبع أو فلاة ، ولو ) كان المخلص ( عبداً فله ) أي العامل ( أجرة مثله ) وإن لم يأذن له ربه لأنه يخشى هلاكه وتلفه على مالكه بخلاف اللقطة . وكذا لو انكسرت السفينة فخلص قوم الأموال من البحر. فتجب لهم الأجرة على الملاك لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من الهلكة . فإن الغواص إذا علم أن له الأجرة غرر بنفسه وبادر إلى التخليص، بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له ، ( وإلا في رد آبق من قن ، ومدبر ، وأم ولد إذا كان ) الراد ( غير الإمام فله ما قدره الشارع دينار ، أو اثني عشر درهماً ) روى عن عمر وعلي وابن مسعود . وروى ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار مرسلاً أن النبي ﷺ « جَعَلَ فِي رَدِّ الآبِقِ إِذَا جَاءَ بِهِ خَارِجاً مِنَ الْحَرَمِ دِينَاراً » [1] .

والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعي في الأرض بالفساد . ونقل ابن منصور سئل أحمد عن جعل الآبق فقال : لا أدري ، قد تكلم الناس فيه ، لم يكن عندي فيه حديث صحيح . وعلى الأول فإن رده الإمام فلا شيء له في رده نصاً لانتصابه للمصالح ، وله حق في بيت المال على ذلك ، ( سواء رده ) أي الآبق ( من داخل المصر أو خارجه ، قربت المسافة أو بعدت ، وسواء كان ) الآبق ( يساوي المقدار ) الذي قدره الشارع ( أو لا ، وسواء كان ) الراد ( زوجاً للرقيق ) الآبق ( أو ذا رحم في عيال المالك أو لا ) لعموم ما سبق .

« تنبيه » : يقال : أبق العبد ، إذا هرب من سيده - بفتح الباء - يأبق ، بكسرها وضمها فهو آبق . وقال الثعالبي : في سر اللغة : لا يقال للعبد آبق إلا إذا كان ذهابه من غير خوف ، ولا كذلك في العمل وإلا فهو هارب ، ( وإن مات السيد قبل وصول المدبر وأم الولد ) إليه ( عتقاً ) إن خرج المدبر من الثلث ، ( ولا شيء له ) أي لرادهما في نظير الرد ، لأن العمل لم يتم لأن العتيق لا يسمى آبقاً ، ( ويأخذ ) راد الآبق (منه) أي من سيده أو تركته ( ما أنفق عليه ، و) ما أنفق على ( دابة ) يجوز التقاطها ( في قوت وعلف ، ولو لم يستأذن ) المنفق ( المالك ) في الإنفاق ( مع القدرة عليه ) أي على الاستئذان ، لأن الإنفاق مأذون فيه شرعاً، لحرمة النفس وحثاً على صون ذلك على ربه، بخلاف الوديعة ونحوها ( حتى ولو هرب ) المنفق عليه ( منه ) أي من واجده ( في طريقه، أو مات فله الرجوع عليه بما أنفق عليه قبل هربه ) أو موته ، لأن النفقة عليه

---

(١) كذا ذكر ابن قدامة في الكافي باب الجعالة : ٢/ ٢٢٢ ، راجع المصدر المذكور بتحقيقنا ، طبع عيسى الحلبي .

مأذون فيها شرعاً ، أشبه ما لو أنفق بإذن مالكه . قال في الفروع : ويرجع بنفقته ولو لم يستحق جعلاً كرده من غير بلد سماه أو هربه منه ، نص عليه ، وإنما يرجع بما أنفق ( ما لم ينو التبرع ) فلا نفقة له ، وكذا لو نوى بالعمل التبرع ، ولا أجرة له ، ومقتضاه لا تعتبر نية الرجوع ، بخلاف الوديعة ونحوها ( لكن لا جعل له إذا هرب ) الآبق منه (قبل تسليمه ) لسيده ( أو مات ) الآبق قبل تسليمه لأنه لم يتم العمل ، ( ولو أراد ) واجد الآبق ( استخدامه بدل النفقة لم يجز ) ذلك ( كالعبد المرهون ) وأولى ، ( ومن أخذ الآبق أو ) أخذ ( غيره ) من المال الضائع ليرده لربه ، ( فهو أمانة في يده ، إن تلف ) قبل التمكن من رده ( من غير تفريط ) ولا تعد ( فلا ضمان عليه ) فيه لأنه محسن بأخذه ، ( وإن وجد ) راد الآبق ( صاحبه دفعه إليه إذا اعترف العبد أنه سيده ، إن كان كبيراً ) لأنه إذا استحق أخذه بوصفه إياه فبتصديقه على أنه مالكه أولى . وأما الصغير فقوله غير معتبر ، ( أو أقام ) صاحبه ( بينة ) أنه له فيدفعه إليه ، ( فإن لم يجد ) واجد الآبق ( سيده دفعه إلى الإمام، أو ) إلى ( نائبه ، فيحفظه لصاحبه ) إلى أن يجده ( أو يبيعه ) الإمام، أو نائبه ( إن رأى المصلحة فيه ) أي في بيعه ويحفظ ثمنه لربه لانتصابه لذلك ، ( فإن باعه الإمام أو نائبه لمصلحة رآها ، فجاء سيده فاعترف أنه كان أعتقه ) قبل بيع الإمام، أو نائبه ( قبل قوله وبطل البيع ) لأنه لا يجر به إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً ، ولم يصدر منه ما ينافيه .

( وليس لواجده ) أي العبد ( بيعه ولا تملكه بعد تعريفه ) لأن العبد يتحفظ بنفسه ، ( فهو كضوال الإبل ) لكن جاز التقاطه لأنه لا يؤمن لحاقه بدار الحرب، وارتداده ، واشتغاله بالفساد ، ( ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه كان جائزاً ) بغير إذن مالكه ، لأنه إحسان إليه ، ( كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته ، ولا يضمن ما نقص بموته ) أي ذبحه لأنه محسن به ولو وقع الحريق بدار ونحوها فهدمها غير صاحبها بغير إذنه على النار لئلا تسري ) النار ( أو هدم قريباً منها إذا لم يقدر على الوصول إليها وخيف تعديها وعتوها لم يضمن ، ذكره ) ابن القيم ( في الطرق الحكمية) ثم قال : ولو رأى السيل يقصد الدار المؤجر فبادر وهدم الحائط ليخرج السيل ولا يهدم الدار كان محسناً ولا يضمن . انتهى ، وكذا في أعلام الموقعين ، ( وإن وجد فرساً لرجل من المسلمين مع أناس من العرب أي من البدو ، فأخذ الفرس منهم ، ثم إن الفرس مرض بحيث لم يقدر على المشي جاز للآخذ بيعه ، بل يجب عليه في هذه الحالة أن يبيعه لصاحبه ، وإن لم يكن وكله في البيع . وقد نص الأئمة على هذه المسألة ونظائرها ، ويحفظ الثمن ) لربه ( قاله الشيخ ، وهي ) أي هذه المسألة ( في ) الجزء الخامس من الفتاوى المصرية ) .

# باب اللقطة

قال في القاموس : اللقطة محركة وكحرمة وهمزة وثمامة : ما التقط . انتهى ، وقوله: محركة أي مفتوحة اللام والقاف . وحكى عن الخليل : اللقطة -بضم اللام وفتح القاف- الكثير الالتقاط . وحكى عنه في الشرح : أنها اسم للملتقط لأن ما جاء على فعله فهو اسم الفاعل ، كالضحكة والهمزة واللمزة ، ( وهي اسم لما يلتقط من مال ) ضائع ( أو مختص ضائع ) كالساقط من ربه بغير علمه ، ( وما في معناه ) أي معنى الضائع ، كالمتروك قصداً لأمر يقتضيه ( لغير حربي ) فإن كانت لحربي ملكها واجدها ، كالحربي إذا ضل الطريق فوجده إنسان فأخذه ملكه وتقدم ، ( يلتقطه غير ربه ) فإن التقطه ربه لم يسم لقطة عرفاً .

والأصل في اللقطة : ما روى زيد بن خالد الجهني ، قال : « سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ لُقَطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ فَقَالَ : اعْرِفْ وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْماً مِنَ الدَّهْرِ فَادْفَعْهَا إِلَيْه ، وَسَأَلَهُ عَنْ ضَالَّةِ الإِبِلِ فَقَالَ : مَالَكَ وَلَهَا ؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا ، وَسَأَلَهُ عَنِ الشَّاةِ ؟ فَقَالَ : خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ»[1] متفق عليه .

وأركانها ثلاث : ملتقط وملقوط والتقاط ، ( وينقسم ) المال الضائع ونحوه ( ثلاثة أقسام :

**أحدها** : ما لا تتبعه همة أوساط الناس ) قال في القاموس : الهمة -بالكسر وتفتح- ما هم به من أمر ليفعل ( كالسوط ) ما يضرب به . وفي شرح المهذب هو فوق القضيب ودون العصا . وفي المختار هو سوط لا ثمرة له ، ( والشسع ) أحد سيور النعل الذي يدخل بين الأصبعين ، ( والرغيف ، والكسرة ، والتمرة ، والعصا ونحو ذلك ) كالخرقة والحبل وما لا خطر له .

قال في المبدع : والمعروف في المذهب تقييده بما لا تتبعه همة أوساط الناس ولو كثر .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب المساقاة ، باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، وأخرجه مسلم في كتاب اللقطة ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١١٢٣) .

ونص في رواية أبي بكر بن صدقة أنه يعرف الدرهم . قال ابن عقيل : لا يجب تعريف الدانق ، وحمله في التلخيص على دانق الذهب نظراً لعرف العراق ( وما قيمته كقيمة ذلك ، فيملك بأخذه وينتفع به آخذه بلا تعريف ) لحديث جابر : « رَخَّصَ النَّبِيُّ ﷺ في الْعَصَا والسَّوْطِ والحَبْلِ يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ يَنْتَفِعُ بِهِ » [1] رواه أبو داود .

( والأفضل أن يتصدق به ) ذكره في التبصرة ، ( ولا يلزمه ) أي الملتقط ( دفع بدله إن وجد ربه ) لأن لاقطه ملكه بأخذه ، ( ولعل المراد إذا تلف ) قال في الشرح : إذا التقطه إنسان وانتفع به وتلف فلا ضمان ، ( فأما إن كان ) ما التقطه مما لا تتبعه الهمة (موجوداً ووجد) ملتقطه ( ربه فيلزمه دفعه إليه ) ويؤيده : تعبيرهم بالبدل ، إذ لا يعدل إليه إلا عند تلف المبدل ، ولهذا قال الموضح : ظاهر كلامهم يلزم دفع عينه ، ( وكذا لو لقي كناس ومن في معناه ) كالمقلش ( قطعاً صغاراً مفرقة ) من الفضة فإنه يملكها بأخذها ولا يلزمه تعريفها ولا بدلها إن وجد ربها ، ( ولو كثرت ) بضم بعضها إلى بعض ، لأن تفرقها يدل على تغاير أربابها ، (ومن ترك دابة بمهلكة، أو فلاة ترك إياس لانقطاعها) أي عجزها عن المشي ، ( أو ) تركها لـ ( عجزه عن علفها ، ملكها آخذها ) لحديث الشعبي . وتقدم ، بخلاف عبد ومتاع ، ( إلا أن يكون تركها ليرجع إليها ، أو ضلت منه) فلا يملكها آخذها ، ( وتقدم آخر إحياء الموات ) موضحاً ، ( وكذا ما ألقي خوف الغرق ) في البحر فيملكه آخذه ، لأن مالكه ألقاه باختياره ، فأشبه المنبوذ رغبة عنه كما في التنقيح ، والمنتهي وغيرهما ، فهو مخالف لما قدمه في إحياء الموات . ويحتمل أن المراد التشبيه في تقدم حكمه ، أو أنه مشبه بالمستثنى ، فلا مخالفة وتقدم توضيح ذلك في إحياء الموات وبيان الخلاف فيه .

القسم ( الثاني : الضوال التي تمتنع من صغار السباع، مثل ثعلب، وذئب، وابن آوى وولد الأسد ) والضوال جمع ضالة وهي اسم حيوان خاصة . ويقال لها الهوامي والهوافي، والحامل وامتناعها إما لكبر جثتها (كإبل، وخيل، وبقر، وبغال ، و) إما لطيرانها كـ ( طيور تمتنع بطيرانها، و) إما بسرعة عدوها (كظباء ، و) إما بنابها ( كفهود معلمة ) أو قابلة للتعليم ، وإلا فليست مالاً ، كما يعلم مما تقدم في البيع ، ( وكـ ) إبل (حمر) أهلية ، ( وخالف الموفق فيها ) فقال : الأولى إلحاقها بالشاة لمساواتها لها في العلة، (فهذا القسم غير الآبق يحرم التقاطه) لما تقدم في الحديث من قوله ﷺ لما سئل عن

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب اللقطة ، باب التعريف باللقطة ، الحديث (١٧١٧) واللفظ له .

ضالة الإبل « مَالَكَ وَلَهَا ، دَعْهَا فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » [1] وحذاؤها خفها ، لأنه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لأنها تأخذ فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنعها العطش ، ولقوله ﷺ : « لا يُؤْوِي الضَّالَّةَ إلا ضَالٌّ » [2] رواه أحمد وغيره ، وأما الآبق فيجوز التقاطه صوناً له عن اللحوق بدار الحرب وارتداده وسعيه بالفساد ، وتقدم .

( و ) هذا القسم ( لا يملكه ) ملتقطه ( بتعريفه ) لأنه متع بأخذه كالغاصب لعدم إذن المالك والشارع ، سواء كان زمن أمن، أو فساد ، ( وإن أنفق ) الملتقط ( عليه ) أي على ما ذكر في هذا القسم ( لم يرجع ) على ربه بما أنفقه عليه ( لتعديه بالتقاطه ) وإمساكه (فإن تبع شيء منها ) أي الضوال المذكورة ( دوابه فطرده ) فلا ضمان عليه ، ( أو دخل ) شيء منها ( داره فأخرجه ، فلا ضمان عليه حيث لم يأخذه ولم تثبت يده عليه لكن للإمام ونائبه فقط ) دون غيرهما ( أخذ ذلك ) أي ما ذكر من الضوال ( ليحفظه لربه ) لأن لهما نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذها على وجه الحفظ مصلحة لربها لصونها، و( لا ) يجوز لهما كغيرهما أخذها ( على سبيل الالتقاط ) لما تقدم ، ( ولا يلزمهما ) أي الإمام، أو نائبه ( تعريفه ) أي تعريف ما أخذه من الضوال ليحفظه لربه ، لأن عمر رضي الله عنه لم يكن ليعرف الضوال ، ولأنه إذا عرف من الإمام حفظ الضوال ، فمن كانت له ضالة جاء إلى موضع الضوال ، فمن عرف ماله أقام البينة عليه ، ( ولا تكفي فيه الصفة ) لأن الضالة كانت ظاهرة للناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص بمعرفة صفاتها دون غيره ، وإقامة البينة عليها ممكنة لظهورها للناس ، ( ومن أخذه ) أي ما يمتنع من صغار السباع ، ( ولم يكتمه ضمنه إن تلف أو نقص ) قبل رده ( كالغاصب ) قبل أدائه ، لأن التقاطه غير مأذون فيه ، ( وإن كتمه وتلف ضمنه ) الكاتم ( بقيمته مرتين ) لربه ( إماماً كان ) الملتقط ( أو غيره ) قال أبو بكر في التنبيه : ثبت خبر عن النبي ﷺ أنه قال : « في الضَّالَّةِ الْمَكْتُومَةِ غَرَامَتُهَا وَمِثْلُهَا مَعَهَا » [1] قال : وهذا حكم

---

(١) راجع تخريج (١) ، ص (٢٠٢٤) .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح بلفظ من آوى ضالة ، فهو ضال ما لم يعرفها . وهو عنده من رواية زيد بن خالد رضي الله عنه في الصحيح : ٣/ ١٣٥١ ، كتاب اللقطة ، باب في لقطة الحاج، الحديث : ١٢/ ١٧٢٥

(٣) هذا جزء من حديث طويل عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه أحمد في المسند : ٢/ ١٨٠ ، ٢٠٣ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب اللقطة ، باب في التعريف باللقطة ، الحديث (١٧١٠) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٥٨٤ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الرخصة في أكل الثمرة ، الحديث (١٢٨٩) ، وقال : « هذا حديث حسن » ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ٨/ ٨٥ ، كتاب قطع السارق ، باب الثمر يسرق ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٨٦٥ ، كتاب الحدود ، باب من سرق من الحرز ، الحديث (٢٥٩٦) .

رسول الله ﷺ ، فلا يرد ، ( وإن لم يتلف ) ما التقطه من الضوال ( رده ) إلى ربه إن وجده بلا غرم إن لم ينقص ، وإلا فأرش نقصه ، وتقدم ، ( فإن دفعه إلى إمام أو نائبه) ليحفظه لربه زال عنه الضمان لأن للإمام نظراً فيها ، ( أو أمره ) الإمام أو نائبه ، ( برده إلى مكانه زال عنه الضمان ) لما روى الأثرم بسنده : « أنَّ عُمَرَ قَالَ لِرَجُلٍ وَجَدَ بَعِيراً : أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ » ، ولأن أمره برده كأخذه منه ، فإن رده إلى مكانه بغير إذن الإمام أو نائبه وتلف ضمنه ، لأنه بأخذه لزمه حفظه وتركه تضييع له ، ( وكذا من أخذ من نائم، أو ) أخذ من ( ساه ) أي غافل ( شيئاً لا يبرأ برده ) له نائماً أو ساهياً ، ( بل بتسليمه لربه بعد انتباهه ) من النوم والسهو ، لأن الآخذ متعد بالأخذ فهو سارق، أو غاصب ، فلا يبرأ من عهدته إلا برده في حال يصح قبض مالكه له فيها ، ( أو ) بتسليمه ( لإمام أو نائبه ) ليحفظه لربه فيبرأ بذلك وفيه نظر ، إذ لا ولاية لحاكم على نائم وساه ، ولذلك لم يذكره في المنتهى ولم أره لغيره ، ( ويجوز التقاط الكلب المعلم) الصيد عند القاضي وغيره . قال الحارثي : وهو أصح لأنه لا نص في المنع وليس في معنى الممنوع ، ( وينتفع به في الحال ) بلا تعريف لأنه ليس بمال . وقدم في شرح المنتهى أنه يحرم التقاطه، وجزم به في التنقيح تبعاً للمغنى وغيره لكن لا ضمان، (ويسم الإمام ) من الوسم وهو العلامة ( ما يحصل عنده من الضوال ) وقوله ( بأنها ضالة ) متعلق بيسم ، ( ويشهد عليها ) لاحتمال تغيره ، ( ثم إن كان له حمي يرعى فيه ) ما يحتمع عنده من الدواب ( تركها ) ترعى ( فيه إن رأى ذلك وإن رأى ) المصلحة في (بيعها أو لم يكن له حمى باعها بعد أن يحليها، ويحفظ صفاتها، ويحفظ ثمنها لصاحبها) لأن ذلك أحفظ لها لأن تركها يفضي إلى أن تأكل جميع ثمنها ، ( ويجوز التقاط الصيود المتوحشة التى إذا تركت رجعت إلى الصحراء بشرط عجز ربها عنها ) لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال ، والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها ، ولو كان القصد حفظها في نفسها لما جاز التقاط الأثمان ، فإن الدينار دينار حيثما كان ولا يملكها بالتعريف لأن الشرع لم يرد بذلك فيها ، ومثله على ما ذكره في المغني وغيره، لو وجد الضالة في أرض مسبعة ، يغلب على الظن أن الأسد يفترسها إن تركت، أو قريباً من دار الحرب يخاف عليها من أهلها ، أو بمحل يستحل أهله أموال المسلمين كوادي التيم ، أو في برية لا ماء فيها ولا مرعى ، فالأولى جواز أخذها للحفظ، ولا ضمان ، ويسلمها لنائب الإمام ، ولا يملكها بالتعريف .

قال الحارثي : وهو كما قال . قال في الإنصاف : لو قيل بوجوب أخذها والحالة هذه، لكان له وجه ، ( وأحجار الطواحين ) مبتدأ ( الكبيرة ، والقدور الضخمة ،

والأخشاب الكبيرة ) وقوله : ( ملحقة بابل ) خبره ، أي فلا يجوز التقاطها ، لأنها لا تكاد تضيع عن صاحبها، ولا تبرح من مكانها ، فهي أولى بعدم التعرض من الضوال ، (ويجوز التقاط قن صغير ذكراً كان ) القن ( أو أنثى ) كالشاة ، ( ولا يملك بالالتقاط ) ولو عرفه حولاً . ( قال الموفق : لأنه ) أي اللقيط ( محكوم بحريته ) لأنها الأصل على ما يأتي في اللقيط .

القسم ( الثالث : سائر ) أي باقي ( الأموال ، كالأثمان والمتاع ، وما لا يمتنع من صغر السباع ، كالغنم ، والفصلان ) -بضم الفاء وكسرها - جمع فصيل ، وهو ولد الناق إذا فصل عن أمه ، ( والعجاجيل ) جمع عجل ، وهو ولد البقرة ، ( وجحاش الحمير والأفلاء ) بالمد : جمع فلو ، بوزن سحر وجرو وعدو وسمو ، وهو الجحش والمهر إذا فطما ، أو بلغا السنة ، قاله في القاموس ، ( والأوز ، والدجاج ونحوها ) كالخشبة الصغيرة ، وقطعة الحديد، والنحاس ، والرصاص ، والزق من الدهن أو العسل، والغرارة من الحب والكتب ، وما جرى مجرى ذلك ، والمريض من كبار الإبل ونحوه ، كالصغير ، ( سواء وجد ذلك بمصر ، أو بمهلكة لم ينبذه ربه رغبة عنه ) فإن نبذه كذلك، ملكه آخذه ، وتقدم في إحياء الموات .

( فمن لا يأمن نفسه عليها ) أي اللقطة ( لا يجوز له أخذها بحال ) لما فيه من إضاعتها على ربها ، فهو كإتلافها ، وكما لو نوى تملكها في الحال، أو كتمانها ، ( فإن أخذها ) أي اللقطة ( بهذه النية ) أي بنية الخيانة ( ضمنها ) إن تلفت ( ولو تلفت بغير تفريط ) لأنه مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه فضمنه ، كالغاصب ، ( ولم يملكها ) أي اللقطة ؛ إذا أخذها وهو لا يأمن نفسه عليها ، أو نوى تملكها في الحال أو كتمانها ، ( وإن عرفها ) لأن السبب المحرم لا يفيد الملك بدليل السرقة ، ( ومن أخذها ) أي اللقطة ( بنية الأمانة ثم طرأ ) له ( قصد الخيانة لم يضمن ) اللقطة إن تلفت بلا تفريط في الحول ، كما لو كان أودعه إياها ، ( ومن أمن نفسه عليها ) أي اللقطة ، ( وقوى على تعريفها ، فله أخذها ) لحديث زيد بن خالد المذكور أول الباب في النقدين ، وقيس عليهما كل متمول غير الحيوان ، وفي الحيوان ، لا يمتنع بنفسه من صغار السباع ، وظاهره لا فرق بين الإمام وغيره ، ( والأفضل ) لمن أمن نفسه عليها وقوى على تعريفها ( تركها ) أي عدم التعرض لها . قال أحمد : الأفضل ترك الالتقاط ، وروى معناه عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولو وجدها بمضيعة ) لأن في الالتقاط تعريضاً بنفسه لأكل الحرام، وتضييع الواجب من تعريفها، وأداء الأمانة فيها ، فترك ذلك أولى وأسلم ، ( وإن عجز عن تعريفها فليس له أخذها ) ولو بنية الأمانة ، لأنه لا يحصل به

المقصود من وصولها إلى ربها ، ( ومتى أخذها ) أي أخذ الملتقط اللقطة ، ( ثم ردها إلى موضعها ) ضمنها ، ( أو فرط فيها ) فتلفت ( ضمنها لأنها أمانة حصلت في يده ، فلزمه حفظها كسائر الأمانات ، وتركها التفريط فيها تضييع لها ( إلا أن يكون ) الملتقط ( ردها بإذن الإمام أو نائبه ) إلى موضعه ، فلا يضمنها ، لأن للإمام نظراً في المال الذي لا يعلم مالكه ، وكذا لو التقطها ودفعها للإمام أو نائبه .

( ولو ) كان الملتقط ( ممتنعاً ) من صغار السباع ، ورده إلى مكان بإذن الإمام أو نائبه، فإنه يبرأ من ضمانها ( كما تقدم ، وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها في حول التعريف بغير تفريط ) منه ، ( فلا ضمان عليه ) لأنها أمانة في يده فلم يضمنها ، كالوديعة ، ( فإن ) ضاعت منه ، فـ ( التقطها آخر فعلم ) الثاني ( أنها ضاعت من الأول فعليه ) أي الثاني ( ردها إليه ) أي الأول ، لأنه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ ، فلا يزول ذلك بالضياع ، ( فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولاً ملكها ) لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان ، ( ولا يملك الأول انتزاعها منه) لأن الملك مقدم على حق التملك ، ( فإذا جاء صاحبها أخذها من الثاني ، وليس له مطالبة الأول ) لأنه لم يفرط ، ( وإن علم الثاني بالأول فردها إليه فأبى ) الأول (أخذها وقال ) للثاني ( عرفها أنت ، فعرفها ) الثاني حولاً ( ملكها أيضاً ) لأن الأول ترك حقه فسقط ، ( وإن قال ) الأول للثاني : ( عرفها وتكون ملكاً لي ، ففعل ) الثاني ، ( فهو نائبه في التعريف ، ويملكها الأول ) لأنه وكله في التعريف ، فصح ، كما لو كانت بيد الأول ، ( وإن قال ) الأول للثاني : ( عرفها وتكون بيننا ، ففعل ) أي عرفها ( صح أيضاً ، وكانت بينهما ) لأنه أسقط حقه من نصفها ، ووكله في الباقي ، ( وإن غصبها غاصب من الملتقط وعرفها ) الغاصب ( لم يملكها ) لأنه متعد بأخذها ، ولم يوجد منه سبب تملكها ، فإن الالتقاط من جملة السبب ، ولم يوجد منه ، بخلاف ما لو التقطها ثان ، فإنه وجد منه الالتقاط ، ( واللقطة ) التي أبيح التقاطها ، ولم تملك به وهو :

**القسم الثالث** ( على ثلاثة أضرب : أحدها حيوان ) مأكول ، كفصيل وشاة ودجاجة، ( فيلزمه ) أي الملتقط فعل الأحظ ) لمالكه ( من ) أمور ثلاثة ( أكله وعليه قيمته ) في الحال، لقوله ﷺ وَسُئِلَ عَنْ لُقَطَةِ الشَّاةِ: « هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أو للذِّئْبِ»[1] فجعلها له في الحال ، لأنه سوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يستأنى بأكلها ، ولأن

(١) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب اللقطة ، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ، وأخرجه مسلم في كتاب اللقطة .

في أكل الحيوان في الحال إغناء عن الإنفاق عليه وحراسته لماليته على صاحبه إذا جاء ، فإنه يأخذ قيمته بكمالها ، (و) من بيعه (أي الحيوان ، لأنه إذا جاز أكله ، فبيعه أولى.

( و ) إذا باعه ( حفظ ثمنه لصاحبه ، وله ) أي الملتقط ( أن يتولى ذلك بنفسه ولا يحتاج إلى إذن الإمام في الأكل ) لظاهر الحديث السابق ، ( و ) لا يحتاج إلى إذن الإمام أيضاً في ( البيع ) لأنه إذا جاز أكله بلا إذنه ، فبيعه أولى ( يلزمه ) أي الملتقط (حفظ صفتها ) أي اللقطة ( فيهما ) أي فيما إذا أراد الأكل أو البيع ليتمكن من الرد إذا وصفها ربها ، ( أو ) من ( حفظه ) أي الحيوان ( والإنفاق عليه من ماله ) لما في ذلك من حفظه على مالكه ، ( ولا يتملكه ) أي لا يصح أن يتملك الملتقط الحيوان ، ولو بثمن كولي اليتيم ، لا يبيع من نفسه ، ( فإن تركه ) أي ترك الحيوان ، ( ولم ينفق عليه ) حتى تلف ( ضمنه ) لأنه مفرط ، ( ويرجع ) الملتقط ( به ) أي بما أنفقه على الحيوان ( ما لم يتعد ) بأن التقطه لا ليعرفه ، أو بنية تملكه في الحال ونحوه ، ( وإن نوى الرجوع ) على مالكه إن وجده بما أنفق كالوديعة ، ( وإلا ) بأن أنفق ولم ينو الرجوع ( فلا ) رجوع له بما أنفق ، لأنه متبرع ، ( فإن استوت ) الأمور ( الثلاثة ) في نظر الملتقط ، ولم يظهر له الأحظ منها ( خير بينها ) لجواز كل منها مع عدم ظهور الأحظ .

( قال الحارثي : وأولى الأمور : الحفظ مع الإنفاق ، ثم البيع وحفظ الثمن ، ثم الأكل وغرم القيمة ) . وفي الترغيب : لا يبيع بعض الحيوان .

الضرب ( الثاني : ما يخشى فساده بتبقيته ، ( كطبيخ ، وبطيخ ، وفاكهة ، وخضروات ونحوها ، فيلزمه ) أي الملتقط ( فعل الأحظ من أكله ، وعليه قيمته وبيعه ) ولو ( بلا حكم ) أي إذن ( حاكم ، وحفظ ثمنه ) لأن في كل منهما حفظاً لماليته على ربه ، وكالحيوان ، ( ولو تركه ) أي ترك الملتقط ما يخشى فساده بلا أكل ، ولا بيع (حتى تلف ، ضمنه ) لأنه مفرط ، ( فإن استويا ) في نظر الملتقط ( خير بينهما ) فأيهما فعل جاز له ، ( وقيده ) أي ما ذكر من البيع والأكل ( جماعة ، بعد تعريفه بقدر ما يخاف معه فساده ، ثم هو بالخيار ) بين أكله وبيعه ، ( إلا أن يمكن تجفيفه ) أي تجفيف ما يخشى فساده ( كالعنب فيفعل ) الملتقط ( ما يرى الحظ فيه لمالكه من الأكل ) بقيمته، (والبيع) مع حفظ ثمنه ( والتجفيف ) لأنه أمانة بيده وفعل الأحظ في الأمانة متين (وغرامة التجفيف ) إن احتيج إليها ( منه فيبيع ) الملتقط ( بعضه في ذلك ) أي في تجفيفه لأنه من مصلحته ، فإن أنفق من ماله رجع به في الأصح ، قاله في المبدع ، وإن تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين أكله .

الضرب ( **الثالث** : سائر الأموال ) أي ما عدا الضربين المذكورين كالأثمان والمتاع ونحوه ، ( ويلزمه ) أي الملتقط ( حفظ الجميع ) من حيوان وغيره ، لأنه صار أمانة في يده بالتقاطه ، ( و ) يلزمه ( تعريفه على الفور ) لظاهر الأمر ، لأن مقتضاه الفور ولأن صاحبها يطلبها عقب ضياعها ( حيواناً كان ) الملتقط ( أو غيره ) سواء أراد الملتقط تملكه أو حفظه لصاحبه .. لأنه ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ، ولا حفظها لصاحبها إنما يفيد بوصولها إليه ، وطريقة التعريف . ويكون التعريف ( بالنداء عليه ) أي الملتقط ( بنفسه ) أي الملتقط ( أو بنائبه ) ويكون النداء ( في مجامع الناس ، كالأسواق، والحمامات، وأبواب المساجد أدبار الصلوات ) لأن المقصود إشاعة ذكرها .

( ويكره ) النداء عليها ( فيها ) أي في المساجد لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « مَنْ سَمِعَ رَجُلاً يَنْشِدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ فَلْيَقُلْ لا أَدَّاهَا اللهُ إِلَيْكَ فإنَّ الْمَسَاجِدَ لَمْ تُبْنَ لِهَذَا»[1] والإنشاد دون التعريف فهو أولى ، ( ويكثر منه ) أي التعريف ( في موضع وجدانها ) لأنه مظنة طلبها ، ( و ) يكثر أيضاً منه ( في الوقت الذي يلي التقاطها ) لأن صاحبها يطلبها عقب ضياعها ، فالإكثار منه إذن أقرب إلى وصولها إليه ، ويكون التعريف (حولاً كاملاً ) لحديث زيد بن خالد وهو قول عمر وعليّ وابن عباس ( نهاراً ) لأنه مجمع الناس وملتقاهم ( كل يوم مرة أسبوعاً ) أي سبعة أيام ، لأن الطلب فيه أكثر ، (ثم) لا يجب تعريفها بعد أسبوع متوالياً ، بل على عادة الناس ، قطع به في المنتهى وغيره ، وقدم في الترغيب ، والتلخيص ، والرعاية وغيرها ( مرة من كل أسبوع من شهر ثم مرة في كل شهر ) حتى يتم الحول .

( ولا يصفه ) أي لا يصف ما يعرفه ( بل يقول : من ضاع منه شيء، أو ) من ضاع منه ( نفقة ) قاله في المحرر . وفي المغني والشرح فيقول : من ضاع منه ذهب، أو فضة، أو دنانير، أو دراهم، أو ثياب ونحو ذلك . انتهى ، لكن اتفقوا على أنه لا يصفها لأنه لا يؤمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها فتضيع على مالكها ، ومقتضى قولهم : لا يصفها : أنه لو وصفها فأخذها غير مالكها بالوصف ضمنها الملتقط لمالكها ، كما لو دل الوديع على الوديعة من سرقها ، ( وإن سافر ) الملتقط في حول التعريف ، ( وكل من يعرفها ) عنه حتى يحضر فينوب نائبه منابه ، ( فإن التقط ) اللقطة ( في صحراء عرفها في أقرب البلاد من الصحراء ) التي التقطها فيها لأنه مظنة طلبها ، ( وأجرة المنادي

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح : ٣٩٧/١ ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد ، الحديث : ٥٦٨/٧٩ .

على الملتقط ) لأنه سبب في العمل ، فكانت أجرته عليه كما لو اكترى شخصاً يقلع له مباحاً .

( ولا يرجع ) الملتقط ( بها ) أي بأجرة المنادي على رب اللقطة ولو قصد حفظها لمالكها خلافاً لأبي الخطاب ، لأن التعريف واجب على الملتقط فأجرته عليه ، ( ولا تعرف كلاب ) ولو معلمة ، ( بل ينتفع بالمباح منها ) فيجوز التقاطه كما تقدم لأنه لا نص في المنع ، وليس في معنى الممنوع ، وفي أخذه حفظه على مستحقه أشبه الأثمان وأولى من جهة أنه ليس مالاً فيكون أخف ، ( وإن كان لا يرجى وجود صاحب اللقطة) ومنه لو كانت دراهم، أو دنانير ليست بصرة ولا نحوها على ما ذكره ابن عبد الهادي في مغنى ذوي الأفهام ، حيث ذكر أنه يملكها ملتقطها بلا تعريف ( لم يجب تعريفها في أحد القولين ) نظراً إلى أنه كالعبث . وظاهر كلام التنقيح، والمنتهى وغيرهما : يجب مطلقاً ، ( ولو أخر ) الملتقط ( التعريف عن الحول الأول ) أثم وسقط ( أو ) أخره (بعضه) أي بعض الحول الأول ( أثم ) الملتقط بتأخيره أي التعريف لوجوبه على الفور كما تقدم ، ( وسقط ) التعريف ، لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الأول ، فإذا تركه في بعض الحول عرف بقيته فقط ، ( كـ ) ما يأثم ( بالتقاطه بنية تملكه ، أو ) بالتقاط ( ما لم يرد تعريفه ) وتقدم .

( ولا يملكها ) أي اللقطة إذا لم يعرفها في الحول الأول ( بالتعريف بعد الحول الأول) لأن شرط الملك التعريف فيه ولم يوجد ، وهل يتصدق بها، أو يحبسها عنده أبداً ؟ على روايتين ، ( وكذا لو تركه ) أي التعريف ( فيه ) أي الحول الأول ( عجزاً كمريض ومحبوس ، أو ) تركه فيه ( نسياناً ) فلا يملكها به بعده لأن تعريفها في الحول الأول سبب الملك ، والحكم ينتفي لانتفاء سببه ، سواء انتفى لعذر أو غيره ، وهذا أحد وجهين قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين .

والوجه الثاني يملكها بتعريفها حولاً بعد زوال العذر ، لأنه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه ، فأشبه ما لو عرفها في الحول الأول ، ومفهوم كلام التنقيح : أنه المذهب، ذكره في شرح المنتهى ، ( أو تركه ) أي التعريف ( في بعض الحول ) لعذر أو غيره على ما تقدم ، فلا يملكها ولو عرفها بعده لما تقدم ، ( أو وجدها صغير ونحوه ) كسفيه (فلم يعرفها وليه ) الحول الأول فلا يملكها لانتفاء سبب الملك كما تقدم ، ( أو ضاعت ) اللقطة ( فعرفها ) الملتقط الثاني مع علمه بـ ) الملتقط ( الأول ولم يعلمه ) بها لم يملكها، ( أو أعلمه ) أي أعلم الثاني الأول ، ( وقصد ) الثاني ( بتعريفها لنفسه ) دون الأول ولم يأذنه الأول ( لم يملكها ) الثاني ، لأن ولاية التعريف للأول وهو معلوم ، فأشبه ما

لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها ، والوجه الثاني : يملكها لأن سبب الملك وجد منه والأول لم يملكها ، قدمه ابن رزين في شرحه ، وقطع به في التنقيح، وتبعه في المنتهى ، لكن توهم في شرحه أن الأول هو الذي يملكها وهو مخالف لكلام الأصحاب ، لأنهم إنما حكوا الوجهين في ملك الثاني لها ، وأما الأول فلم يوجد منه تعريف لا بنفسه، ولا بنائبه ، والتعريف هو سبب الملك والحكم ينتفي لانتفاء سببه ، ( وليس خوفه ) أي الملتقط ( أن يأخذها ) أي اللقطة ( سلطان جائر ) عذراً في ترك تعريفها ، ( أو ) خوفه أن ( يطالبه بأكثر عذراً في ترك تعريفها ) قال في الفروع : ( فإن أخره ) أي التعريف لذلك الخوف ( لم يملكها إلا بعده ) أي التعريف ، ذكره أبو الخطاب وابن الزاغوني ، ومرادهم والله أعلم أنه ليس عذراً حتى يملكها بلا تعريف ، ولهذا ذكروا أنه يملكها بعده، وقد ذكروا أن خوفه على نفسه ، أو ماله عذر في ترك الواجب . وقال أبو الوفاء: تبقى بيده ، فإذا وجد أمنا عرفها حولاً . انتهى .

فيؤخذ من هذا أن تأخير التعريف للعذر لا يؤثر ، وتقدم أن فيه وجهين ، وأن كلام المصنف أنه لا يملكها بعد ، فيتعارض كلامه إلا أن يقال : هذا متأخر عما تقدم ، فكأنه رجع إلى هذا .

( وإذا عرفها ) أي عرف الملتقط اللقطة الجائز التقاطها حولاً كاملاً فوراً ، ( فلم تعرف دخلت ) اللقطة ( في ملكه ) أي الملتقط غنياً كان أو فقيراً ( بعد الحول ) لقوله عليه السلام في حديث زيد بن خالد : « فَإِنْ لَمْ تَعْرِفْ فاسْتَنْفِقْهَا » ، وفي لفظ : « وَإِلا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ » ، وفي لفظ : « ثُمَّ كُلْهَا » ، وفي لفظ : « فَانْتَفِعْ بِهَا » ، وفي لَفْظِ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » ، وفي حديث أبي بكر بن كعب : « فَاسْتَنْفِقْهَا » ، وفي لفظ : «فَاسْتَمْتِعْ بها » وهو حديث صحيح ، قاله في المغني ، وقال : ويملك اللقطة ملكاً مراعي يزول بمجيء صاحبها . قال : والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته ، وإنما يتجدد وجوب العوض بوجود صاحبها ، كما يتجدد وجوب نصف الصداق أو بدله للزوج بالطلاق ( حكماً كالميراث ) لما تقدم من الأحاديث ، ولأن الالتقاط والتعريف سبب التملك ، فإذا تمّا وجب أن يثبت الملك حكماً كالإحياء والاصطياد ، فلا يقف على قوله ولا اختياره .

( ولو ) كانت اللقطة ( عروضاً ) فهي ( كالأثمان ) لعموم الأحاديث التي في اللقطة جميعها . وروى الجوزجاني والأثرم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « أتى

رَجُلٌ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللهِ كَيْفَ تَرَى مَتَاعاً يُوجَدُ فِي الطَّرِيقِ المِيْتاءِ ؟ أَوْ فِي مَسْكُونَةٍ ؟ فَقَالَ : عَرِّفْهُ سَنَةً ، فَإِن جَاءَ صَاحِبُهُ وَإِلا فَشَأْنَكَ بِهِ » [1] .

( و ) لو كانت اللقطة ( لقطة الحرم ) فإنها تملك بالتعريف حكماً كلقطة الحل . وروى عن ابن عمر، وابن عباس، وعائشة رضي الله عنهم ، لعموم الأحاديث ، ولأنه أحد الحرمين ، فأشبه حرم المدينة ، ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة . وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إلا لِمُنْشِدٍ » [2] متفق عليه يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاماً ، وتخصصها بذلك لتأكدها لا لتخصيصها كقوله عليه الصلاة والسلام : « ضَالَّةُ المُسْلِمِ حَرْقُ النّارِ » [3] وضالة الذمي مقيسة عليها .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) الحديث متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ، أخرجه البخاري في كتاب اللقطة ، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ، وأخرجه مسلم في كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٨٦١) .

(٣) هذا الحديث مخرج من ثلاث طرق :

الأولى : عن الجارود العبدي رضي الله عنه ، أخرجه أبو داود الطيالسي في المسند ص١٨٣ ، الحديث (١٢٩٤) ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف : ١٠/ ١٣ ، كتاب اللقطة ، الحديث (١٨٦٠٣)، وأخرجه أحمد في المسند : ٥/ ٨٠ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الضالة ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الضالة ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣٠١/٤، كتاب الأشربة ، باب ما جاء في النهي عن الشرب قائماً ، وأخرجه النسائي في السنن في اللقطة ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٢/ ٤٠٦ ، الحديث (٣١٧٩) ، وأخرجه أبو يعلي في المسند: ٢/ ٢٢٠ ، الحديث (٢/ ٩١٩) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن ، كتاب البيوع، باب ما جاء في اللقطة ، الحديث (١١٧٠) ، لكن سقط من سنده اسم الصحابي ( الجارود ) وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ٢٩٧/٢ ، الحديث (٢١١٤) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٦/ ١٩٠، كتاب اللقطة ، باب ما يجوز له أخذه ، وعزاه المتقي الهندي في كنز العمال : ١٨٦/١٥ ، الحديث (٤٠٢٥) إلى الطحاوي ، والحسن بن سفيان والبارودي ، وابن قانع وللضياء المقدسي عن الجارود رضي الله عنه .

الثانية : عن عبد الله بن الشخير رضي الله عنه أخرجه أحمد في المسند : ٢٥/٤ ، وأخرجه النسائي ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٤/ ٣٦٠ ، الحديث (٥٣٥١) ، وعزاه المحقق للسنن الكبرى، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٣٣٦/٢ ، كتاب اللقطة ، باب ضالة الإبل ، الحديث (٢٥٠٢) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن ص٢٨٤ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في اللقطة ، الحديث (١١٧١) ، وأخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء : ٣٣/٩ ضمن ترجمة عبد الرحمن بن مهدي ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ١٩١/٦ ، كتاب اللقطة ، باب ما يجوز له أخذه، وأخرجه البغوي في شرح السنة : ٣١٦/٨ ، باب اللقطة ، الحديث (٢٢٠٩) .

الثالثة : عن عصمة بن مالك رضي الله عنه ، أخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ١٨٤/١٧ ، الحديث (٤٨٩) ، وأقول : أن قوله حَرْق النار - بفتح الحاء والراء - وقد يسكن والمراد هنا لهبها ، يريد أن أخذ اللقطة يؤدي إلى حرق النار لمن لم يعرفها .

« تتمة » : قال أبو عبيد : المنشد المعرف ، والناشد الطالب .

( أو كان سقوطها ) أي اللقطة ( من صاحبها بـ ) سبب ( عدوان غيره ) عليه لعموم ما سبق .

★ ★ ★



## فصل

ولا يجوز له أي الملتقط ( التصرف فيها ) أي اللقطة بعد تعريفها الحول ولو بخلط بما لا تتميز منه ( حتى يعرف وعاءها ، وهو ظرفها ، كيساً كان أو غيره ) كخرقة مشدودة فيها وقدر ، وزق فيه اللقطة المائعة ولفافة على ثياب ، ( و ) حتى يعرف ( وكاءها ) بالمد ( وهو الخيط ) أو السير ( الذي تشد به ) فيعرف كونه خيطاً ، أو سيراً وكون الخيط من إبريسم، أو قطن، أو كتان ونحوه، ( و ) حتى يعرف ( عفاصها ) -بكسر العين المهملة- (وهو الشد والعقد أي صفتهما ) فيعرف الربط هل هو عقدة، أو عقدتان، وأنشوطة، أو غيرها للاتفاق على الأمر بمعرفة صفاتها ، وهذه منها . والأنشوطة قال في القاموس : كأنبوبة عقدة يسهل انحلالها كعقدة التكة . وقال في العفاص : ككتاب : الوعاء فيه النفقة ، جلداً أو خرقة ، وغلاف القارورة والجلدة تغطي به رأسها . انتهى .

فالعفاص مشترك ، لكن لما ذكر مع الوعاء حمل على ما يغايره لأنه الأصل في العطف ، ( و ) حتى يعرف ( قدرها ) أي اللقطة بمعيارها الشرعي من كيل، أو وزن، أو ذرع، أو عد ، ( و ) حتى يعرف ( جنسها وصفتها ) التي تتميز بها ، وحتى نوعها ولونها ، لحديث زيد وفيه : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَعَرَفَ وِعَاءهَا وَوِكَاءَهَا فَأَعْطِهَا إِيَّاهُ وَإِلا فَهِيَ لَكَ » [1] رواه مسلم ، وفي حديث بن أبي كعب : « فإِنْ جَاءَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدَدِهَا وَوِعَائها وَوِكائِها فأعْطِهَا إِيَّاهُ » [2] .

( أي تجب معرفة ذلك عند إرادة التصرف فيها ) أي في اللقطة لما تقدم ، ولأن دفعها إلى ربها يجب بما ذكر ، فلا بد من معرفته نظراً إلى ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، ولأنه إذا عدم ذلك لم يبق سبيل إلى معرفتها ، ( ويسن ذلك ) أي أن يعرف وعاءها، وعفاصها، وجنسها، وصفتها، وقدرها (عند وجدانها) لأن فيه تحصيلاً للعلم بذلك،

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب اللقطة .

(٢) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب اللقطة ، باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع حتى لا يأخذها من لا يستحق ، وأخرجه مسلم في كتاب اللقطة ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١١٢٤) .

( و ) يسن للملتقط أيضاً ( إشهاد عدلين عليها ) لقوله عليه الصلاة والسلام : « مَنْ وَجدَ لُقطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَوَىْ عَدْلٍ »[(١)] رواه أبو داود . و( لا ) يسن الإشهاد ( على صفتها ) أي اللقطة لاحتمال شيوعه ، فيعتمده المدعي الكاذب . قال في الشرح والمبدع ، ويستحب كتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة نسيانها ، ( فمتى جاء طالبها ) ولو بعد الحول ، (فوصفها ) بالصفات السابقة ( لزم دفعها إليه إن كانت عنده ، ولو بلا بينة ولا يمين ، ظن صدقه أو لا ) لقوله عليه الصلاة والسلام : « فإنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْماً مِنَ الدَّهْرِ فأدِّهَا إلَيْهِ »[(٢)]، ولأنه يتعذر إقامة البينة عليها غالباً لسقوطها حال الغفلة والسهو، فلو لم يجب دفعها بالصفة لما جاز التقاطها ، ( فإن وجدها ) طالبها ( قد خرجت عن ) ملك (الملتقط ببيع أو غيره) بأن باعه الملتقط، أو وهبها، أو وقفها (بعد ملكها) أي بعد أن عرفها حولاً كاملاً ، ( فلا رجوع ) لطالبها في عينها ، لأن تصرف الملتقط وقع صحيحاً لدخولها في ملكه ، ( وله ) أي لطالبها ( بدلها ) على الملتقط أي مثلها إن كانت مثلية وإلا فقيمتها لتعذر ردها لما تقدم ، ( فإن أدركها ) طالبها ( مبيعة بيع الخيار ) بأن يبعث بشرط الخيار ( للبائع، أو لهما ) أي البائع والمشتري ، وقوله ( في زمنه ) متعلق بإدراكها أي زمن الخيار ( وجب ) على البائع ( الفسخ ) ليردها لربها لقدرته عليه زمن خيار وترد له .

وعلم من كلامه : أنه لو كان الخيار للمشتري وحده فليس لربها إلا البدل ما لم يختر المشتري الفسخ ولا يلزمه ، ( أو ) أدركها ربها بعد الحول ( مرهونة ) ولو مقبوضة ( فله انتزاعها ) من المرتهن أو نائبه ، لقيام ملكه وانتفاء إذنه ، قاله الحارثي .

وقال في الإنصاف : قلت : يتوجه عدم الانتزاع لتعلق حق المرتهن به ، ويؤيده قوله في الشرح : وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما نذكره إن شاء الله ، ( فإن صادفها ربها قد رجعت إليه ) أي الملتقط بعد خروجها عن ملكه ( بفسخ أو غيره أخذها ) لأنه وجد عين ماله في يد الملتقط ، فكان له أخذها كالزوج إذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة ، وحيث أخذ اللقطة طالبها ، فإنه يأخذها (بنمائها المتصل ) لأنه ملك مالكها ، ولا يمكن انفصالها عنه ، ولأنه يتبع في العقود

---

(١) الحديث عن عياض بن حمّاد رضي الله عنه ، أخرجه أحمد في المسند : ٤/١٦١ - ١٦٢ ، وأخرجه أبو داود في السنن : ٢/ ٣٣٥ ، كتاب اللقطة ، باب التعريف باللقطة ، الحديث (١٧٠٩) ، واللفظ له . وأخرجه النسائي ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٨/ ٢٥٠ ، الحديث (١٠١٣) ، وعزاه المحقق للكبرى ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٨٣٧ ، كتاب اللقطة ، باب اللقطة ، الحديث (٢٥٠٥) ، وأخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٨٤) ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في اللقطة ، الحديث (١١٦٩) .

(٢) سبق تخريجه مفصلاً .

والفسوخ ، ( فأما ) النماء ( المنفصل قبل مضي الحول ، فـ ) ـهو ( لمالكها ) لأنه نماء ملكه ، ( و ) النماء المنفصل ( بعده ) أي بعد حول التعريف ( لواجدها ) لأنه ملك اللقطة بمضي الحول ، فنماؤها إذن نماء ملكه ، ولأنه يضمن النقص بعد الحول فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان ، بخلاف المفلس ، فإنه لا يضمن النقص لغيره ، (ووارث ملتقط كهو ) أي كالملتقط ( في تعريف وغيره ) لقيامه مقامه ، فإن مات قبل تمام الحول ، قام وارثه في إتمام تعريفها ، ودخلت في ملكه بعد تمام التعريف ، وإن مات بعد الحول ورثها ورثته كسائر أمواله ، ( فإن مات الملتقط بعد تمام الحول ، ثم جاء صاحبها أخذها من الوارث ) إن كانت موجودة كما يأخذها من الموروث ، ( وإن كانت ) اللقطة ( معدومة فصاحبها غريم بها ) أي بمثلها إن كانت مثلية أو بقيمتها ، فيأخذ ذلك من تركته ، وإن ضاقت زاحم الغرماء ، ( وإن كان تلفها بعد الحول بفعله ) أي الوارث ( أو بغير فعله ) لأنها قد دخلت في ملكه بمضي الحول ، ( وإن تلفت ) اللقطة، ( أو نقصت، أو ضاعت قبل مضي الحول لم يضمنها ) الملتقط ولا وارثه ، ( إن لم يفرط ، لأنها في يده أمانة ، و) إن تلفت، أو نقصت، أو ضاعت ( بعد الحول يضمنها ولو لم يفرط ) لدخولها في ملكه إذن ( بمثلها إن كانت مثلية، وإلا ) تكن مثلية ( ضمنها ) بقيمتها يوم عرف بها ، سواء تلفت بفعله، أو بغير فعله ) لصيرورتها بملكه بعد حول التعريف ، وإذا مات الملتقط ولم يعلم تلف اللقطة، ولم توجد في تركته فصاحبها غريم بها ، سواء كان قبل الحول أو بعده ، لأن الأصل بقاؤها ، ( ولا يكفي تصديق عبد ) ولا أمة ( ملتقط ) أي لو كان بيدقن عين وجاء طالبها ، وقال : هي لقطة ووصفها لم يكف تصديق القن ( لواصف ) على أنها لقطة ، ( بل لا بد من بينة ، لأن إقرار العبد لا يصح فيما يتعلق بنفسه ) أي برقبته ، لأنه إقرار على سيده بخلاف إقراره بنحو طلاق ( فإن وصفها ) أي اللقطة ( اثنان ) فأكثر ( معاً أو وصفها الثاني ) بعد الأول ، لكن (قبل دفعها إلى الأول ) أقرع بينهما ( أو أقاما بينتين ) باللقطة ( أقرع بينهما ) لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، ( فمن قرع ) أي خرجت له القرعة ( حلف ) أن اللقطة له لاحتمال صدق صاحبه ، ( وأخذها ) لأن ذلك فائدة القرعة ، ( و ) إن وصفها إنسان (بعد دفعها ) لمن وصفها أولاً ( لا شيء للواصف الثاني ) لأن الأول استحقها بوصفه إياها مع عدم المنازع له حين أخذها ، وثبتت يده عليها ، ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه ، فوجب بقاؤها له كسائر ماله .

( ولو ادعاها ) أي اللقطة ( كل واحد منهما فوصفها أحدهما دون الآخر حلف ) واصفها ( وأخذها ) لترجحه بوصفها ، ( ومثله وصفه مغصوباً، ومسروقاً )، ومنهوباً

ونحوه ، فإنه ( يستحقه بالوصف ) ولا يكلف بينة تشهد به ، ( ذكره القاضي وأصحابه على قياس قوله ) أي الإمام ( إذا اختلف المؤجر والمستأجر في دفن الدار ) -بكسر الدال- أي المدفون بها ( من وصفه فهو له ) لترجحه بالوصف . قال في القاعدة الثامنة والتسعين: من ادعى شيئاً ووصفه دفع إليه بالصفة ، إذا جهل ربه ، ولم تثبت عليه يد من جهة مالكه، وإلا فلا ، ( ولا يجوز ) للملتقط ( دفعها ) أي اللقطة لطالبها ( بغير وصف ولا بينة ، ولو ظهر صدقه ) لاحتمال كذبه ، وضمن الدافع إن جاء آخر ووصفها، وقرار الضمان على الآخذ ، وللملتقط مطالبة آخذها بها ، إن لم يأت أحد ، لأنه لا يأمن مجيء ربها وطلبه بها ، ولأنها بيده أمانة .

( وإن ) وصفها إنسان ودفعها إليه ، ثم ( أقام آخر بينة أنها له ، أخذها من الواصف) لأن البينة أقوى من الوصف ، ( فإن تلفت عند الواصف ضمنها ) الواصف ، لأن يده عادية كالغاصب ، ( ولم يضمن الدافع ، وهو الملتقط ، إن كان الدافع بإذن حاكم ) لأن الدفع إذن واجب عليه ، فكأنه بغير اختياره فلم يضمن ، كالمكره ، ( ولا يرجع الواصف عليه ) أي على الملتقط بما يغرمه لمن أقام البينة ، بل يستقر عليه ضمانه، ( وكذا لو كان الدفع ) من الملتقط للواصف ( بغير إذن حاكم ) لأنه بإذن الشرع ، فلا ضمان على الملتقط ( لوجوبه ) أي الدفع ( عليه ) لمن وصفها لما تقدم ، وإن كان الواصف أخذ بدلها لتلفها عند الملتقط لم يطالبه ذو البينة ، وإنما يرجع على الملتقط ، ثم يرجع الملتقط على الواصف ، لأنه لم يكن أقر له ( ومؤنة ردها ) أي اللقطة ( على ربها) إن احتاجت لذلك كالوديعة ، ( ولو قال مالكها ) أي اللقطة بعد تلفها في حول التعريف بلا تفريط ( أخذتها لتذهب بها ) لا لتعرفها فأنت ضامن ، ( وقال الملتقط : بل ) أخذتها ( لأعرفها ، فقوله ) أي الملتقط ( مع يمينه ) لأنه منكر والأصل براءته ، (وإن وجد ) مشتر ( في حيوان اشتراه ، كشاة ونحوها نقداً ، فـ ) هو ( لقطة لواجدة يعرفها ) أي يلزمه تعريفها كسائر الأموال الضائعة .

( ويبدأ ) في التعريف ( بالبائع ، لأنه يحتمل أن تكون ) الشاة ( ابتلعتها في ملكه ، كما لو وجد صيداً مخضوباً، أو في أذنه قرط ، أو في عنقه خرز ) فإنه لقطة لأن ذلك الخضاب ونحوه يدل على ثبوت اليد عليه قبل ذلك ، ( وإن اصطاد سمكة من البحر فوجد في بطنها درة غير مثقوبة فهي ) أي الدرة ( له ) للصائد ، لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها ، لأن الدريكون في البحر قال تعالى: ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ (١) .

---

(١) سورة النحل ، الآية : ١٤ .

( وإن باعها ) أي السمكة ( غير عالم بها ) أي بالدرة ( لم يزل ملكه ) أي الصياد (عنها ) أي الدرة ( فترد إليه ) لأنه إذا علم ما في بطنها لم يبعه ، ويرضى بزوال ملكه عنه فلم يدخل في البيع ، ( كما لو باع داراً له فيها مال ) مدفون ( لم يعلم به ، وإن وجد ) الصياد ( في بطنها ) أي السمكة ( ما لا يكون إلا للآدمي كدراهم أو دنانير ، أو) وجد فيه ( درة أو غيرها مثقوبة ، أو متصلة بذهب ، أو فضة ، أو غيرهما ) فلقطة لا يملكها الصياد بل يعرفها ، ( أو ) وجد ما ذكر ( في عين أو نهر ، ولو ) كان النهر (متصلاً بالبحر فلقطة ) على الصياد تعريفها عملاً بالقرائن .

( وإن وجدها ) أي الدراهم، أو الدنانير، أو الدرة المثقوبة ونحوها ( المشتري ) للسمكة، ( فالتعريف عليه ) لأنه الملتقط ، ( وإن اصطادها ) السمكة ( من عين أو نهر غير متصل بالبحر فكالشاة فيما إذا ما وجد في بطنها من درة مثقوبة لقطة ) لأن العين والنهر غير المتصل ليس معدناً للدر ، وعلم منه أنه إن كان متصلاً بالبحر ، وكانت الدرة غير مثقوبة أنها للصياد .

( وإن وجد ) إنسان ( عنبرة على الساحل فحازها فهي له ) لأن الظاهر أن البحر قذف بها فهي مباحة ، ومن سبق إلى مباح فهو له ، وإن لم تكن على الساحل فلقطة يعرفها، ( ومن أخذ متاعه ، كثياب في حمام ) وترك له بدله فلقطة ، ( أو أخذ مداسه وترك بدله فلقطة ) لا يملكه بذلك ، لأن سارق الثياب ونحوها لم يجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عنها ، فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ، ولا يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة ، ( ويأخذ ) رب الثياب ونحوها ( حقه منه ) أي مما ترك له ( بعد تعريفه ) من غير رفعه إلى حاكم .

قال الموفق : هذا أقرب إلى الرفق بالناس لأن فيها نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ، ونفعاً للآخر إن كان سارقاً بالتخفيف عنه عن الإثم وحفظاً لهذه الثياب عن الضياع ، فلو كانت الثياب المتروكة أكثر قيمة من المأخوذة ، فإنما يأخذ منها بقدر قيمة ثيابه ، لأن الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه ويتصدق بالباقي ، ( ومن وجد لقطة بدار حرب وهو ) أي الواجد ( في الجيش عرفها سنة ، ابتداؤها ) أي السنة ( في الجيش ) لاحتمال أن تكون لأحدهم ، ( و ) يعرفها (بقيتها ) أي باقي السنة ( في دار الإسلام ، ثم ) إذا تم تعريفها ( وضعها ) أي اللقطة (في المغنم) لأنه وصل إليها بقوة الجيش ، فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً .

( وإن كان ) الملتقط ( دخل ) دار الحرب ( بأمان عرفها ) أي اللقطة ( في دارهم ) حولاً ، لأن أموالهم محرمة عليه ، ( ثم هي ) أي اللقطة ( له ) أي لواجدها ، ( إلا أن يكون في جيش ؛ فكالتي قبلها ) أي يضعها في المغنم لما تقدم ، وإن دخل إليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الإسلام ، لأن أموالهم مباحة له ، ثم يكون حكمها حكم غنيمته . ويحتمل أن تكون غنيمة له لا تحتاج إلى تعريف ، لأن الظاهر أنها من أموالهم ، قاله في المغني .

( وإن وجد لقطة في غير طريق مأتى ) أي مسلوك ، ( فهي لقطة ) تعرف ، كالتي في الطريق المسلوك .

★ ★ ★

## ( فصل في أحكام الملتقط ووجوب تعريف اللقطة )

ولا فرق في وجوب تعريف اللقطة حولاً ، وملكها بعده ( بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، يأمن نفسه عليه ، ( لأن الالتقاط نوع اكتساب) فاستووا فيه كالاحتشاش والاصطياد .

وأما من لا يأمن نفسه عليها فيحرم عليه أخذها وتقدم ، ( ويضم ) أي يضم الحاكم ذا علم بها ( إلى الكافر والفاسق أمين في تعريفها، وحفظها ) قطع به في المغني وغيره ، لأنهما لا يؤمنان على تعريفها ، ولا يؤمن أن يخلا في التعريف بشيء من الواجب عليهما ، قاله في المغني والشرح في المشرف على الكافر ، وقالا : وإن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركت في يد عدل ، فإذا عرفها وتمت السنة ملكها ملتقطها، لأن سبب الملك وجد منه ، ( وإن وجدها ) أي اللقطة ( صغير، أو سفيه، أو مجنون ) صح التقاطه لأنه نوع تكسب كالاصطياد ، و( قام وليه بتعريفها ) لأنه قد ثبت لواجدها حق التملك فيها ، فكان على وليه القيام بها ، ( فإذا عرفها ) الولي ( فهي لواجدها ) لأن سبب الملك تم بشرطه ، ولو كان الصغير مميزاً فعرفها بنفسه .

قال الحارثي : فظاهر كلامه في المغني عدم الإجزاء ، والأظهر الإجزاء لأنه يعقل التعريف ، فالمقصود حاصل . انتهى ، وإن لم يعرفها الصغير ولا الولي ، فنص الإمام إن وجد صاحبها دفعها إليه وإلا تصدق بها . قد مضى أجل التعريف فيما تقدم من السنين ، وهذا يؤيد ما جزم به المصنف فيما تقدم أن تأخير التعريف لعذر كتأخيره بلا عذر ، لأن الصغير من أهل العذر ، ( وإن تركها الولي بيده ) أي يد الصغير، أو السفيه أو المجنون ( بعد علمه ) أي الولي بها ( ضمنها الولي ) لأنه المضيع لها ، لأنه يلزمه

حفظ ما يتعلق به حق موليه ، ( وإن تلفت ) اللقطة ( بيد أحدهم ) أي الصغير، أو المجنون، أو السفيه ( بغير تفريط ) من أحد منهم ، ولا من الولي ( فلا ضمان عليه ) لأنها كالأمانة ، ( وإن فرط ) فيها واجدها الصغير أو السفيه أو المجنون فتلفت ( ضمنها في ماله كإتلافه وكعبد ، وللعبد التقاطها ) لعموم الأحاديث ، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصغير ويصح منه ، فصح من الرفيق ، ( و ) للعبد إذا التقطها ( تعريفها بلا إذن سيده كاحتطابه، واحتشاشه، واصطياده) لأنه فعل حسي فلم يمكن رده، ( وله ) أي العبد ( إعْلام سيده العدل بها إن أمنه ) عليها ، ( وإلا ) يأمن سيده عليها ( لزم ) العبد (سترها عنه) أي عن سيده ، لأنه يلزمه حفظها ، وذلك وسيلة إليه ويسلمها للحاكم ليعرفها ، ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان ، ( ولسيده العدل أخذها منه ) ليعرفها ، فإن عرفها وأدى الأمانة فيها ، فتلفت في الحول الأول بغير تفريط فلا ضمان فيها ، لأنها لم تتلف بتفريط أحدهما ( أو تركها ) أي ولسيده تركها ( معه ) أي العبد (ليعرفها إن كان ) العبد ( عدلاً ) فيكون السيد مستعيناً به في حفظها ، كما يستعين به في حفظ سائر ماله ، وإن كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً بإقرارها في يده فيضمنها إن تلفت كما لو أخذها من يده ثم ردها إليه ، لأن يد العبد كيده ، وإن أعتق السيد عبده بعد التقاطه كان له انتزاع اللقطة من يده لأنها من كسبه .

( فإن أتلفها ) أي اللقطة ( العبد، أو تلفت ) اللقطة ( بتفريطه قبل الحول أو بعده ، ففي رقبته ) ضمانها ، لأنه أتلف مال غيره ، فكان ضمانه في رقبته كغير اللقطة ، (ومثله) أي العبد فيما تقدم ( أم ولد، ومدبر، ومعلق عتقه بصفة ، لكن إن تلفت ) اللقطة ( بتفريط أم الولد فداها سيدها بالأقل من قيمتها، أو قيمة ما أتلفته ) كسائر إتلافاتها ، (والمكاتب) في التقاط ( كالحر ) لأن المكاتب يملك إكسابه ، وهذا منها ، ومتى عاد قنا بعجزه كانت كلقطة القن ، ( و ) لقطة ( من بعضه حر بينه وبين سيده ) على قدر ما فيه من الحرية والرق كسائر أكسابه ، ( ولو كان بينهما ) أي بين المبعض وسيده ( مهايأة ) أي موافقة على أن يكون كسبه لنفسه مدة معلومة ، ولسيده مدة معلومة، (وكذا حكم نادر من كسبه كهبة، وهدية، ووصية، وركاز، ونحوه) كنثار يقع في حجره، لأن الكسب النادر لا يعلم وجوده ، ولا يظن فلا يدخل في المهايأة . وإن كان الرقيق الملتقط بين شركاء ، فاللقطة بينهم على قدر حصتهم منه ، ( ولو استيقظ نائم ) أو مغمى عليه ، (فوجد في ثوبه مالاً لا يدري من صره ) أو وجد في كيسه ، أو فى جيبه مالاً يدري من وضعه فيه ، ( فهو ) أي المال ( له ) أي للنائم ونحوه ، ( ولا تعريف ) عليه لأن قرينة الحال تقتضي تمليكه له .

# باب اللقيط

فعيل بمعنى مفعول ، كقتيل وجريح ، والأنثى لقيطة ، ( وهو ) أي اللقيط ( طفل ) لا مميز ( لا يعرف نسبه ولا ) يعرف ( رقه ، نبذ) -بالبناء للمفعول- أي طرح في شارع، أو باب مسجد ونحوه ، ( أو ضل ) الطريق ما بين ولادته ( إلى سن التمييز ) .

قال في الإنصاف : فقط على الصحيح من المذهب ، ( وقيل : والمميز ) لقيط أيضاً (إلى البلوغ وعليه الأكثر ) قاله في التنقيح . قال في الفائق : وهو المشهور . قال الزركشي : هذا المذهب . قال في التلخيص : والمختار عند أصحابنا أن المميز يكون لقيطاً ، لأنهم قالوا : إذا التقط رجل وامرأة معاً من له أكثر من سبع سنين أقرع ولم يخبر بخلاف الأبوين .

وعلم مما تقدم أنه لو نبذ ، أو ضل طفل معروف النسب ، أو معلوم الرق فرفعه من يعرفه أو غيره فهو لقيط لغة لا شرعاً ، ( والتقاطه فرض كفاية ) لقوله تعالى : ﴿وَتَعَاوَنوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (1) ، ولأن فيه إحياء نفسه ، فكان واجباً كإطعامه إذا اضطر ، وإنجائه من نحو غرق ، فلو تركه جميع من رآه أثموا ، ويحرم النبذ لأنه تعريض بالمنبوذ للتلف .

( ويستحب للملتقط الإشهاد عليه ) كاللقطة ودفعاً لنفسه لئلا تراوده باسترقاقه .

( و ) يستحب أيضاً للملتقط الإشهاد ( على ما معه ) أي اللقيط من مال ، صوناً لنفسه عن جحده ، ( وهو ) أي اللقيط ( حر في جميع أحكامه ) حتى في قذف وقود لأنها الأصل في الآدميين ، فإن الله خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق لعارض ، فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل ، وهو أيضاً ( مسلم ) لظاهر الدار ، وتغليب الإسلام ، فإنه يعلو ولا يعلى عليه ، ( إلا أن يوجد ) اللقيط ( في بلد كفار حرب ولا مسلم فيه ) أي في بلد الحرب ، ( أو فيه مسلم كتاجر وأسير فكافر رقيق ) لأن الدار لهم وإذا لم يكن فيها مسلم كان أهلها منهم ، وإن كان فيها قليل من المسلمين غلب فيها حكم الأكثر من أجل كون الدار لهم . قال في الرعاية : وإن كان فيها مسلم ساكن فاللقيط مسلم ، وإلى ذلك أشار الحارثي ، فقال : مثل الأصحاب في المسلم هنا بالتاجر

---

(1) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

والأسير ، واعتبروا إقامته زمناً ، حتى صرح في التلخيص أنه لا يكفي مروره مسافراً ، (فإن كثر المسلمون ) في دار الحرب ، ( فـ ) اللقيط ( مسلم ) قلت : حر لما تقدم .

( وإن وجد ) اللقيط ( في دار الإسلام في بلد كل أهلها ) أهل ( ذمة فكافر ) لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال وهذه لا مسلم فيها يحتمل كونه منه . وقال القاضي وابن عقيل : مسلم لأن الدار للمسلمين ، ولاحتمال كونه من مسلم يكتم إيمانه، ( وإن كان فيه ) أي بلد الإسلام الذي كان كل أهله أهل ذمة ( مسلم ) ولو واحداً ، (فـ) اللقيط ( مسلم إن أمكن كونه ) أي اللقيط ( منه ) أي من المسلم بها تغليباً للإسلام ولظاهرِ الدار ، وإن لم يبلغ من قلنا بكفره تبعاً للدار حتى صارت دار إسلام . فمسلم .

( ولا تجب نفقته ) أي اللقيط ( على ملتقطه ) لأنه لا يرثه ، ( وينفق عليه من بيت المال إن لم يكن معه ) أي اللقيط ( ما ينفق عليه ) لما روى سعيد عن سنين أبي جميلة قال : « وَجَدْتُ مَلْقُوطاً فَأَتَيْتُ بِهِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَقَالَ عَرِيفِي : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ ، فَقَالَ عُمَرُ : أَكَذَلِكَ هُوَ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قَالَ : فَاذْهَبْ هُوَ حُرٌّ وَلَكَ وَلاَؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ أَوْ رَضَاعُهُ » .

( فإن تعذر ) الإنفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه، أو لكون البلد ليس بها بيت مال ونحوه ( اقترض حاكم على بيت المال ) وظاهره : ولو مع وجوده متبرع بها ، لأنه أمكن الإنفاق عليه بدون منة تلحقه في المستقبل ، أشبه الأخذ لها من بيت المال ، قاله في شرح المنتهى ، ( فإن تعذر ) على الحاكم الاقتراض على بيت المال، أو كان لا يمكن الأخذ منه ، ( فعلى من علم حاله الإنفاق ) عليه ( مجاناً ) للأمر بالتعاون على البر والتقوى وبالعدل والإحسان ، ولأنه إحياء معصوم ، وإنقاذ له من التلف ، كإنقاذ الغريق .

( ولا يرجع ) المنفق بما أنفقه عليه ( لأنها فرض كفاية ) إذا قام بها البعض سقطت عن الباقين ، لحصول المقصود ، وإن ترك الكل أثموا ، ولأنها وجبت للمواساة ، فهي كنفقة القريب ، وقرى الضيف ، ( وإن اقترض الحاكم ما أنفق عليه ) أي اللقيط ، ( ثم بان رقيقاً ، أو له أب موسر رجع ) الحاكم ( عليه ) أي على سيد الرقيق ، وأبي الحر الموسر ، لأن النفقة حينئذ واجبة عليهما .

قلت : وقياس الأب وارث موسر ، ويؤيده قوله : ( فإن ) اقترض الحاكم على اللقيط و( لم يظهر له أحد ) تجب عليه نفقته ، ( وفي ) الحاكم ما اقترضه ( من بيت المال )

لأن نفقته حينئذ واجبة فيه، وإن كان للقيط مال تعذر الإنفاق منه لمانع، أو ينتظر حصوله من وقف، أو غيره، فلمن أنفق عليه بنية الرجوع أن يرجع ، لأنه في هذه الحالة غني عن مال الغير ، هذا معنى كلام الحارثي . وقال : وإذا أنفق الملتقط أو غيره نفقة المثل بإذن الحاكم ليرجع فله الرجوع . وقال في المغني والشرح : وإن لم يتبرع أحد بالإنفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره بنية الرجوع إذا أيسر بأمر الحاكم، لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف ، وبغير أمر الحاكم ، فقال أحمد : يؤدي النفقة من بيت المال ، ( وما وجد معه ) أي اللقيط ( من فراش تحته ) كوطاء وبساط ، ووسادة وسرير ، ( أو ثياب ) أو حلي، أو غطاء عليه ( أو مال في جيبه، أو تحت فراشه )، أو وسادته ، ( أو مدفوناً تحته طرياً، أو ) وجد ( مطروحاً قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه أو حيوان مشدود بثيابه فهو له ) وكذا ما طرح فوقه، أو ربط به، أو بثيابه، أو سريره ، وما بيده من عنان دابة، أو مربوط عليها، أو مربوطة به، أو بثيابه ، قاله الحارثي ، لأن يده عليه. فالظاهر أنه له كالمكلف ، ويمنع التقاطه بدون التقاط المال الموجود لما فيه من الحيلولة بين المال ومالكه ، ( وإن كان ) اللقيط ( في خيمة أو نحوها أو دار فهي له ) إذا لم يكن فيها غيره ، فإن كان ثم بالغ في جميع ما تقدم فهو به أخص ، إضافة للحكم إلى أقوى السببين ، فإن يد اللقيط ضعيفة بالنسبة إلى يد البالغ ، وإن كان الثاني لقيطاً فهو بينهما نصفين لاستواء يدهما ، إلا أن توجد قرينة تقتضي اختصاص أحدهما بشيء دون شيء، فيعمل بها وما وجد بعيداً عنه ، أو مدفوناً تحته غير طري فلقطة ، ( وأولى الناس بحضانته) واجده لأنه سبق إليه ، فكان أولى به .

( و ) أولى الناس بـ ( حفظ ماله واجده ) لأنه وليه ( إن كان أميناً ) لما تقدم عن عمر رضي الله عنه ( مكلفاً ) لأن غير المكلف لا يلي أمر نفسه فلا يلي أمر غيره ( رشيداً ) لأن السفيه لا ولاية له على نفسه ، فغيره أولى ( حراً ) تام الحرية ، لأن كلا من القن والمدبر، وأم الولد، والمعلق عتقه بصفة منافعه مستحقة لسيده فلا يصرفها في غير نفعه إلا بإذنه ، وكذا المكاتب ليس له التبرع بماله، ولا منافعه إلا بإذن سيده ( عدلاً ) لأن عمر رضي الله عنه أقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه : « إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ » .

( ولو ) كان ( ظاهراً ) أي لم تعلم عدالته باطناً كولاية النكاح والشهادة فيه وأكثر الأحكام ، ( وله ) أي لواجده المتصف بما تقدم ( الإنفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم ) لأنه وليه بخلاف من أودع مالاً وغاب وله ولد ، فلا ينفق الوديع على ولده من الوديعة لأنه لا ولاية له ، بل تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالإنفاق لاحتياجه إلى

نظر الحاكم ، ( والمستحب ) لواجد اللقيط الإنفاق ( بإذنه ) أي الحاكم ( إن وجد ) لأنه أبعد من التهمة، وأقطع من الظنة وفيه خروج من الخلاف، وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق ، ( وينبغي ) لولي اللقيط ( أن ينفق عليه بالمعروف ، كـ ) ولي ( اليتيم ، فإن بلغ اللقيط واختلفا ) أي اللقيط وواجده ( في قدر ما أنفق ) واجده عليه فقول المنفق عليه فقول المنفق ) بيمينه ( أو ) اختلفا ( في التفريط في الإنفاق ) بأن قال اللقيط : أنفقت فوق المعروف وأنكره واجده ، ( فقول المنفق ) بيمينه لأنه أمين ، والأصل براءته، (وله) أي واجد اللقيط ( قبول هدية له ) ، وهبة ( وصدقة ، ووصية ) ، وزكاة ، وكفارة، ونذر كولي اليتيم ، ولأن القبول محض مصلحة ، فكان له كحفظة وتربيته .

قلت : ولعل المراد تجب إذا لم يضر باللقيط كما تقدم في الحجر فيما إذا وهب لليتيم رحمة أنه يجب القبول إن لم تلزم نفقته ، وإنما عبروا باللام في مقابلة من منع ذلك وجعله للحاكم ، ( ولا يقر ) اللقيط ( بيد صبي ، و) لا بيد ( مجنون ، و) لا بيد (سفيه ، و) لا بيد ( فاسق ) ظاهر الفسق لما تقدم ، ( ولا ) يقر أيضاً بيد ( كافر واللقيط مسلم ) لانتفاء ولاية الكافر على المسلم، ولا يؤمن فتنته في الدين ، ( ولا ) يقر اللقيط أيضاً ( بيد رقيق بلا إذن سيده ) لانتفاء أهليته للحضانة والولاية على الأحرار ، (وليس له ) أي القن ( التقاطه بغير إذن سيده ) لانتفاء أهليته للحضانة والولاية على الأحرار ، ( وليس له ) أي القن ( التقاطه بغير إذن سيده ) لأنه مستحق المنفعة للسيد ، ( إلا أن لا يجد ) الرقيق ( من يلتقطه فيجب ) على الرقيق ( التقاطه لأنه تخليص له ) أي اللقيط ( من الهلكة ) وهو واجب في هذه الحال لانحصاره فيه ، ( فإن أذن له سيده ) في التقاطه ( فهو نائبه ) فلا ينزع منه ، لأن التقاطه إذن للسيد والعبد نائب عنه . قال ابن عقيل : وليس للسيد الرجوع في الإذن، ( والمدبر، وأم الولد، والمعلق عتقه ) بصفة، ( والمكاتب ومن بعضه حر كالقن ) لقيام الرق ، ( ولا يقر ) اللقيط ( بيد بدوي ينتقل في المواضع ) لأنه إتعاب للطفل بتنقله ، فيؤخذ منه ويدفع إلى من في قرية ، لأنه أرفه له، وأخف عليه ، ( ولا ) يقر أيضاً بيد ( من وجده في الحضر وأراد نقله إلى البادية ) لأن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه، وأرفه له، وأرجى لكشف نسبه، وظهور أهله، ( فإن التقطه في البادية مقيم في حلة ) -بكسر الحاء المهملة - وهي بيوت مجتمعة للاستيطان أقر معه ، لأن الحلة كالقرية في كون أهلها لا ترحل لطلب الماء والكلأ ، (وأراد ) أي وأراد واجد اللقيط ببادية ( النقلة ) به ( إلى الحضر أقر ) اللقيط ( معه ) لأنه أرفق به ، ( ويصح ) أي يجوز ( التقاط ذمي لذمي ويقر ) الذمي ( بيده ) أي الذمي

لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [(١)] ، ( ولو التقط ) اللقيط (الكافر مسلم وكافر فهما سواء ) لاستوائهما في الالتقاط وللكافر على الكافر الولاية ، (وقيل المسلم أحق ، اختاره جمع ) منهم صاحب المغني ، والشرح ، والناظم .

قال الحارثي : وهو الصحيح بلا تردد ، لأنه عند المسلم ينشأ على الإسلام ويتعلم شرائع الدين فيفوز بالسعادة الكبرى ، ( وإن التقطه في الحضر من يريد النقلة إلى بلد آخر ) لم يقر بيده ، ( أو ) التقطه في الحضر من يريد النقلة ( من بلد إلى قرية، أو من محلة إلى محلة ) أي من حلة إلى حلة ( لم يقر بيده ) لأن بقاءه في بلده، أو قريته، أو حلته أرجى لكشف نسبه وكالمنتقل به إلى البادية ، ( ما لم يكن البلد الذي كان فيه ) واجد اللقيط ، ( وبيئاً ) أي وخيماً ( كغور بيسان ) -بكسر الباء الموحدة يليها ياء مثناة تحت ساكنة ثم سين مهملة- بلد بأرض الشام، ( ونحوه ) كالجحفة ، فإن كان البلد وبيئاً أقر اللقيط بيد المنتقل عنه إلى بلد لا وباء، أو دونه في الوباء لأنه مصلحة ، وإن أراد السفر به لغير نقلة ، فإن عرفت عدالته، وظهرت أمانته أقر بيده ، وإن كان مستور الحال ففيه وجهان ، ( وحيث قال بانتزاعه ) أي اللقيط ( من الملتقط فيما تقدم ) من المسائل ، ( فإنما ذلك ) الانتزاع ( عند وجود الأولى به ) من الملتقط ، ( فما إذا لم يوجد ) أولى منه ( فإقراره في يده أولى كيف كان ) لرجحانه بالسبق إليه ، ( ويقدم موسر ومقيم من أهل الحضانة إذا التقطاه ) أي الموسر وضده، أو المقيم وضده ( معاً على ضدهما ) فيقدم الموسر على المعسر لأنه أحظ للقيط، ويقدم المقيم على المسافر ، لأنه أرفق باللقيط ، ( فإن تساويا ) أي الملتقطان في اليسار، أو الإقامة ، ( وتشاحا ) بأن لم يرض أحدهما بإسقاط حقه وتسليم اللقيط إلى صاحبه ( أقرع بينهما ) لقوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ [(٢)] ، ولأنه لا مرجح لأحدهما، والحضانة لا تتبعض والمهايأة فيها إضرار بالطفل ، لأنه تختلف عليه الأغذية، والأنس، والألف ، ( والبلدي والكريم وظاهر العدالة وضدهم ) أي البلدي والقروي سواء ، والكريم والبخل سواء ، وظاهر العدالة ومستورها سواء ؛ لاستوائهما في الأهلية ، ( والرجل والمرأة سواء ) فلا تقدم عليه بخلاف الحضانة، لأنهما أجنبيان عن الطفل فيستويان فيه ، وإنما قدمت في الحضانة لقرابتها المقتضية للشفقة وكون الرجل ، إنما يحضن بأجنبية ، ( والشركة في الالتقاط أن يأخذاه جميعاً ) أي معاً ، ( ووضع اليد عليه كالأخذ ولا اعتبار بالقيام المجرد) عن الأخذ ووضع اليد ( عنده ) أي عند اللقيط لأن الالتقاط حقيقة في الأخذ ،

---

(١) سورة الأنفال ، الآية : ٧٣ .

(٢) سورة آل عمران ، الآية : ٤٤ .

وفي معناه وضع اليد ، فلا يوجد بدونهما ( إلا أن يأخذه ) الملتقط ( للغير بأمره فالملتقط ( للغير بأمره فالملتقط هو الأمر في قول ) من يقول بصحة التوكيل في الالتقاط ، (والآخذ نائب عنه ) أي الآمر فهو كاستنابته في أخذ المباح ، وتقدم في الوكالة لا تصح في الالتقاط ، فالملتقط هو الآخذ لا الآمر ، ( فإن نوى ) المأمور ( أخذه لنفسه فهو أحق به ) ولو قلنا بصحة الوكالة لأنه بنية أخذه لنفسه عزل نفسه ، ( وإن اختلفا في الملتقط منهما ) بأن ادعى كل منهما أنه الذي التقطه وحده ( قدم من له بينة ) به ، ( سواء كان في يده أم في يد غيره ) إعمالاً لبينته ، ( فإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخياً ) لأن الثاني إنما أخذ ممن ثبت الحق له . قال الحارثي : وهذا التعليل يقتضي أن اللقيط لا يقبل الانتقال من شخص إلى شخص وليس كذلك ، فإنه جائز في بعض الحالات فهو كالمال ، فيجري فيه ما في بينة المال من رواية اعتبار سبق التاريخ ورواية تساويهما أعني البينتين ، ( فإن اتحدتا تاريخاً، أو أطلقتا، أو أرخت إحداهما ، وأطلقت الأخرى تعارضتا وسقطتا ) فيصيران كمن لا بينة لهما لم يكن بيد أحدهما ، فإن كان بيد أحدهما فكدعوى المال فتقدم بينة خارج ، ( وإن لم تكن لهما بينة قدم صاحب اليد مع يمينه ) لأن اليد تفيد الملك ، فأولى أن تفيد الاختصاص ، ( فإن كان ) اللقيط ( في أيديهما أقرع بينهما ) لتساويهما في موجب الاستحقاق ، ولا سبيل إلى اشتراكهما في كفالته كما تقدم ، ( فمن قرع ) أي خرجت له القرعة ( سلم إليه مع يمينه وإن لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما بعلامة مستورة في جسده ) بأن يقول : بظهره، أو بطنه، أو كتفه، أو فخذه شامة، أو أثر جرح، أو نار ونحوه فكشف ووجد كما ذكر ( قدم ) على من لم يصفه به ، لأن هذا نوع من اللقطة بوصفها كلقطة المال ، ولأنه يدل على سبق يده عليه ، (فإن وصفاه جميعاً ) بما تقدم ( أقرع بينهما ) لانتفاء المرجح لأحدهما على الآخر، ( وإن لم يكن ) اللقيط ( في أيديهما ، ولا في يد واحد منهما ، ولا بينة لهما، ولا لأحدهما ولا وصفاه ، ولا ) وصفه ( أحدهما ، سلمه القاضي إلى من يرى منهما، أو من غيرهما ) لأنه لا يد لهما ، ولا بينة ، فاستويا وغيرهما فيه ، كما لو لم يتنازعاه. وقال في المغني : الأولى أن يقع بينهما ، ( ولا تخيير للصبي ) إذ لا مستند له ، بخلاف اختياره أحد الأبوين ، لأنه يستند إلى تجربة تقدمت ، قاله في التخليص . (ومن أسقط حقه ) من المتنازعين فيه ، أو ممن التقطاه معاً ( منه ) أي من اللقيط ( سقط ) حقه، لأن الحق لهما فكان لكل منهما تركه للآخر كالشفيعين .



## ( فصل في ميراث اللقيط )

وميراث اللقيط إن مات لبيت المال إن لم يخلف وارثاً ، ولا يرثه الملتقط ، لأنه إذا لم يكن رحم ولا نكاح ، فالإرث بالولاء ، وقد قال النبي ﷺ : « إِنَّمَا الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[1] ، ( والملتقط ليس معتقاً ، وحديث واثلة بن الأسقع ، قال : قال رسول الله ﷺ: « المَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلاثَةَ مَوَارِيثَ : عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا وَوَلَدَهَا الذي لا عَنَتْ عَلَيْهِ »[2] أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن . قال ابن المنذر : لا يثبت ، وقول عمر : « وَلَكَ وَلاؤُهُ » أي ولايته .

( وديته ) أي اللقيط ( إن قتل لبيت المال ) لأنها من ميراثه كسائر ماله ( إن لم يخلف) اللقيط ( وارثاً ) بفرض، أو تعصيب ، فإن كانت له زوجة فلها الربع ، والباقي لبيت المال ، وإن ماتت لقيطة لها زوج ، فله النصف والباقي لبيت المال ، وإن كان له بنت أو بنت ابن ، أو ابن بنت أخذ جميع المال ، لأن الرد والرحم مقدم على بيت المال، ( ولا ولاء عليه ) أي اللقيط لقوله ﷺ : « إِنَّمَا الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[3] ، ولأنه لم يثبت عليه رق ، ولا ولاء على آبائه ، فلم يثبت عليه كالمعروف نسبه ، ولأنه إن كان ابن حرين ، فلا ولاء عليه ، وإن كان ابن معتقين ، فلا يكون عليه ولاء لغير معتقهما. ( وإن قتل ) اللقيط ( عمداً ، فوليه الإمام ) لقوله ﷺ : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ » ولأن المسلمين يرثونه ، والسلطان ينوب منابهم .

فـ ( إن شاء ) الإمام ( اقتص ، وإن شاء أخذ الدية ) حسب الأصلح ، لأنه حر

---

(١) الحديث متفق عليه من رواية أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ، وأخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق .

(٢) الحديث أخرجه من رواية واثلة بن الأسقع رضي الله عنه أحمد في المسند : ٣/ ٤٩٠ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الفرائض ، باب ميراث ابن الملاعنة ، الحديث (٢٩٠٦) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤٢٩/٤ ، كتاب الفرائض ، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء ، الحديث (٢١١٥) ، وأخرجه النسائي ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٧٨/٩ ، الحديث (١١٧٤٤) ، وقال المحقق في الفرائض الكبرى ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٩١٦/٢ ، كتاب الفرائض ، باب تحوز المرأة ثلاث مواريث ، الحديث (٢٧٤٢) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ٨٩/٤ ، كتاب الفرائض . . . ، الحديث (٦٨) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٤/ ٣٤٠ - ٣٤١ ، كتاب الفرائض، باب أول من أعال الفرائض عمر ، وقال : « صحيح الإسناد ولم يخرجاه » ، وأقره الذهبي ، وقال : هو في السنن الأربعة ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٦/ ٢٤٠ ، كتاب الفرائض ، باب الميراث بالولاء .

(٣) راجع تخريج (١) بنفس الصفحة .

معصوم ، والاستحقاق منسوب إلى جهة الإسلام ، لا إلى آحاد المسلمين ، حتى يمنع منهم كون فيهم صبيان ومجانين ، ( وإن قطع طرفه ) أي اللقيط ( عمداً ، انتظر بلوغه مع رشده ) ليقتص أو يعفو ، لأن مستحق الاستيفاء المجني عليه ، وهو حينئذ لا يصلح للاستيفاء ، فانتظرت أهليته ، وفارق القصاص في النفس ، لأن القصاص ليس له ، بل لوارثه ، والإمام المتولي عليه ، ( فيحبس الجاني ) على طرف اللقيط ( إلى أوان البلوغ والرشد ) لئلا يهرب ( إلا أن يكون ) اللقيط ( فقيراً ، ولو ) كان اللقيط ( عاقلاً ، فيجب على الإمام العفو على مال ) فيه حظ للقيط ( ينفق عليه ) دفعاً لحاجة الإنفاق ، وما جزم به المصنف من التسوية بين المجنون ، والعاقل . قال في شرح المنتهى : إنه المذهب ، وقال في الإنصاف : هو الصحيح من المذهب ، ويأتي في باب استيفاء القصاص : أن لولي المجنون العفو لأنه لا أمد له ينتهي إليه ، بخلاف ولي العاقل ، وقطع به في الشرح هنا ، ( وإن ادعى الجاني عليه ) أي على اللقيط رقه ، ( أو ) ادعى (قاذفه ، وكذبه اللقيط بعد بلوغه ، فالقول قول اللقيط ) لأنه موافق للظاهر ، لأنه محكوم بحريته ، ولأنه لو قذف إنساناً لوجب عليه حد الحر ، فللقيط طلب حد القذف ، واستيفاء القصاص من الجاني ، وإن كان حراً ، وإن أوجبت الجناية مالاً ، طالب بما يحب في الحر، وإن صدق اللقيط قاذفه، أو الجاني عليه على كونه رقيقاً لم يجب عليه إلا ما يجب في قذف الرقيق، أو جنايته عليه ، ( وإن جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة ، فـ) أرشها ( على بيت المال ) لأن ميراثه ونفقته في بيت المال ، فكان عقله فيه كعصباته ، (وإن كانت) الجناية ( لا تحملها العاقلة ) كالعمد المحض، وإتلاف المال ، ( فحكمه ) أي اللقيط ( فيها حكم غير اللقيط ) ، فـ ( إن كانت ) الجناية ( توجب القصاص ، وهو ) أي اللقيط ( بالغ عاقل اقتص منه ) مع المكافأة ، ( وإن كانت ) الجناية من اللقيط (موجبة للمال ، وله ) أي اللقيط ( مال استوفي ) ما وجب بالجناية ( منه ) أي من ماله، ( وإلا ) بأن لم يكن له مال ( كان ) ما وجب بالجناية ( في ذمته ، حتى يوسر ) كسائر الديون ، ( وإن ادعى أجنبي ) أي غير الملتقط ( أن اللقيط مملوكه ) وهو في يده، صدق بيمينه ، إن كان اللقيط طفلاً أو مجنوناً ، ( أو ) ادعى إنسان أن ( مجهول النسب غيره ) أي اللقيط ( مملوكه وهو في يده ، صدق ) المدعي ، لدلالة اليد على الملك ( مع يمينه ) لإمكان عدم الملك ، ثم إذا بلغ وقال : أنا حر لم يقبل ، قاله الحارثي ، ( وإلا فلا ) أي وإن لم يكن اللقيط ، أو مجهول النسب بيد المدعي ، فلا يصدق ، لأن دعواه تخالف الأصل ، والظاهر ( فلو شهدت له ) أي لمدعي اللقيط غير ملتقطه ، أو لمدعي مجهول النسب ( بينة باليد ) بأن قالا : نشهد أنه كان بيده حكم له باليد فيحلف أنه

ملكه، ويحكم له بملكه ، لأن اليد دليل الملك ، ( أو ) شهدت بـ ( الملك، أو ) شهدت (أنه عبده، أو مملوكه )، أو قنه، أو رقيقه ، ( ولو لم تذكر البينة سبب الملك ) حكم له به كما لو شهدا بملك دار ، أو ثوب ، ( أو ) شهدت ( أن أمته ) أي المدعي ( ولدته في ملكه، حكم له به ) لأن الغالب أنها لا تلد في ملكه إلا ملكه ، ( وإن ) شهدت أنه ابن أمته ، أو أن أمته ولدته ، و( لم تقل في ملكه لم يحكم له ) به ، لأنه يجوز أن تكون ولدته قبل ملكه لها ، فلا يكون له ، مع كونه ابن أمته ، وكونها ولدته ، هل يكفي في البينة التي تشهد أن أمته ولدته في ملكه امرأة واحدة أو رجل واحد ، لأنه مما لا يطلع عليه في غالب الأحوال رجال ؟ وبه جزم في المغني ، أو لا بد في ذلك من رجلين أو رجل وامرأتين ، كما ذكره القاضي ؟ فيه وجهان . قال الحارثي عن قول القاضي : إنه أشبه بالمذهب .

( وإن ادعاه ) أي ملك اللقيط ( الملتقط ، لم يقبل إلا ببينة ) تشهد بملكه ، أو أن أمته ولدته في ملكه ، ولا تكفي يده ، ولا بينة تشهد له باليد ، لأن الأصل الحرية ، ويده عن سبب لا يفيد الملك ، فوجودها كعدمها ، بخلاف المال ، فإن الأصل فيه الملك، ( وإن كان المدعي ) بفتح العين أنه مملوك من لقيط، أو مجهول نسب ( بالغاً عاقلاً) وكذا إن كان مميزاً ، كما يأتي في الدعاوي ، ( فأنكر ) أنه رقيق ، وقال : أنا حر ( فالقول قوله : أنا حر ) لأن الأصل معه ( وإن كان للمدعي ) رق اللقيط ، أو مجهول النسب ( بينة ) بدعواه ( حكم ) له ( بها ) أي ببينته ، ( فإن كان الملتقط ) -بفتح القاف - وفي نسخ : اللقيط قد ( تصرف قبل ذلك ) أي قبل أن يحكم به لمدعي رقه ببينة (ببيع، أو شراء)، أو هبة ونحوها ( نقضت تصرفاته ) لأنه بان أنه كان تصرف بغير إذن سيده ، ( وإن أقر ) اللقيط، أو مجهول النسب ( بالرق بعد بلوغه ، لم يقبل إقراره، سواء تقدم إقراره تصرف ببيع ، أو شراء ، أو تزويج ، أو إصداق ونحوه ، أو لم يتقدمه ) تصرف ( بل ) كان (أقر بالرق جواباً ) لدعوى مدع ، ( أو ) أقربه ( ابتداء، ولو صدقه المقر له ) بالرق ، لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها ، فلم يصح ( كما لو تقدمه إقرار بحريته ) ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ، ولم يتجدد له رق بعد التقاطه .

( وإن أقر اللقيط أنه كافر وقد حكمنا بإسلامه من طريق الظاهر ، تبعاً للدار ) بأن كان وجد في دار إسلام ، فيه مسلم ، يمكن كونه منه ( لم يقبل قوله ) أنه كافر بعد بلوغه ، لأن دليل الإسلام وجد عرياً عن المعارض وثبت حكمه واستقر ، فلم يجز إزالة حكمه بقوله ، كما قال ذلك ابن مسلم ، وقوله لا دلالة فيه أصلاً لأنه لا يعرف في

الحال من كان أبوه ، ولا ما كان ديته ، وإنما يقول ذلك من تلقاء نفسه ، ( وحكمه حكم المرتد ) يستتاب ثلاثاً ، فإن تاب ، وإلا قتل ( كما لو بلغ سناً يصح إسلامه فيه ) كسبع سنين ، ( ونطق بالإسلام ) وهو يعقله ، ( ثم قال : إنه كافر ) فإنه يستتاب بعد بلوغه ثلاثاً ، فإن تاب وإلا قتل ، لأن إسلامه متيقن .

★ ★ ★

## ( فصل في الإقرار ببنوة اللقيط )

وإن أقر إنسان أنه أي اللقيط ولده ، وقوله : ( مسلم أو ذمي ) صفة لإنسان ( يمكن كونه ) أي اللقيط ( منه ) أي المقر ( حراً كان ) المقر ( أو رقيقاً ، رجلاً كان أو امرأة ولو ) كانت ( أمة ، حياً كان اللقيط أو ميتاً أحق به ) لأنه استلحاق لمجهول النسب ادعاه من يمكن أنه منه من غير ضرر فيه، ولا دافع عنه، ولا ظاهر يرده، فوجب اللحاق، ولأنه محض مصلحة للطفل لوجوب نفقته وكسوته واتصال نسبه ، فكما لو أقر له بمال .

( ولا تجب نفقته ) أي اللقيط ( على العبد ) إذا ألحقناه به لأنه لا يملك ، ( ولا حضانة له ) أي للعبد على من استلحقه لاشتغاله بالسيد فيضيع ، فلا يتأهل للحضانة كما قال الحارثي ، وإن أذن السيد جاز لانتفاء مانع الشغل ، ( ولا ) تجب نفقة من استلحقه العبد ( على سيده ، لأنه ) أي اللقيط ( محكوم بحريته ) والسيد غير نسيب له، ( وتكون ) نفقته ( في بيت المال ) لأنه للمصالح العامة ، ( ولا يلحق ) اللقيط ( بزوج المرأة المقرة به بدون تصديقه ) أي الزوج ، لأن إقرارها لا ينفذ على غيرها فلا يلحقه بذلك نسب لم يقر به ، ( ولا ) يلحق اللقيط ( بالرقيق ) إذا استلحقه ( في رقه ) لأنه خلاف الأصل، وإضرار بالطفل ( بدون بينة الفراش فيهما ) فإن أقامت المرأة بينة أنها ولدته على فراش زوجها لحق به ، وكذا لو أقيمت بنية برقه بأن تشهد أنه عبده، أوقنه، أو أن أمته ولدته في ملكه على ما تقدم ، ( كما لو استلحق ) حر ( رقيقاً ) فيثبت نسبه دون حريته إلا ببينة تشهد أنه ولد على فراشه ، ( ولا ) يلحق اللقيط ( بزوجة المقر بدون تصديقها ) لأن إقراره لا يسري عليها ، ( ويلحق ) اللقيط ( الذمي ) إذا استلحقه (نسباً ) كالمسلم ( لا ديناً ) لأنه محكوم بإسلامه فلا يتأثر بدعوى الكافر ، ولأنه مخالف للظاهر وفيه إضرار باللقيط ، ( ولا حق له ) أي الذمي ( في حضانته ) أي اللقيط الذي استلحقه لأنه ليس أهلاً لكفالة مسلم، ولا تؤمن فتنته عن الإسلام، ونفقته في بيت المال، ( ولا يسلم إليه إلا أن يقيم ) الذمي ( بينة أنه ولد على فراش فيلحقه ديناً ) لثبوت أنه وإن ولد ذميين كما لو لم يكن لقيطاً ، ( بشرط استمرار أبويه على الحياة والكفر ) إلى بلوغه عاقلاً ، فإن مات أحدهما، أو أسلم قبل بلوغه حُكِم بإسلامه ، ( والمجنون

كالطفل) إذا أقر إنسان أنه ولده لحق به ( إذا أمكن أن يكون منه ، وكان ) المجنون (مجهول النسب) لأن قول المجنون غير معتبر فهو كالطفل ، ( وكل من ثبت إلحاقه بالاستلحاق لو بلغ ) أو عقل ، ( وأنكر لم يلتفت إلى قوله ) لنفوذ الإقرار عليه في صغره، أو جنونه لمستند صحيح ، أشبه الثابت بالبينة ، ( وإن ادعاه ) أي نسب اللقيط (اثنان أو أكثر ) سمعت دعواه لأن كل واحد لو انفرد صحت دعواه ، فإذا تنازعوا تساووا في الدعوى ، ولا فرق بين المسلم والكافر، والحر والعبد ، فإن كان ( لأحدهما بينة قدم بها ) لأنها تظهر الحق وتبينه ، ( وإن كان ) اللقيط المدعي نسبه ( في يد أحدهما وأقاما بينة قدمت بينة خارج ) كالمال ، ( وإن كان ) اللقيط ( في يد امرأة ) وادعت نسبه وأقامت به بينة ( قدمت على امرأة ادعته بلا بينة ) لأن البينة موضحة ، ( وإن تساووا في البينة) بأن أقام كل منهم بينة والطفل بأيديهم أو ليس بيد واحد منهم ، ( أو ) تساووا في ( عدمها عرض ) اللقيط ( معهما ) أي المدعيين إن ادعياه معاً وإلا لحق بالأول ، إلا أن تلحقه القافة بالثاني فيلحق به ، وينقطع نسبه عن الأول لأنها بينة في إلحاق النسب فيزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى ( على القافة ) بالتخفيف جمع قائف ، ويأتي معناه ، وكان إياس بن معاوية قائفاً ، وكذا شريح قاله في المبدع .

( أو ) عرض ( مع أقاربهما إن ماتا ) أي المدعيين (كالأخ، والأخت، والعمة، والخالة فإن ألحقته ) القافة ( بأحدهما لحق به ) لحديث عروة عن عائشة قالت : « دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ الله ﷺ ذَاتَ يَوْمٍ وَهُوَ مَسْرُورٌ فَقَالَ : أَيْ عَائِشَةُ أَلَمْ تَرَى لي مجززْ المدْلجي ؟ دَخَلَ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيداً وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطّيا رُؤُسَهمَا وَبَدت أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ : إنَّ هَذه الأَقْدَام بَعْضهَا مِنْ بَعْضٍ » [1] ، وفي لفظ : « دَخَلَ قَائفٌ وَالنَّبِيُّ ﷺ شَاهدٌ وأُسَامَةُ بْنُ زَيْد وَزَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ مُضْطَجعَان فَقَالَ : إنَّ هَذه الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ، فَسُرَّ بِذَلكَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَعْجَبَهُ وَأَخْبَرَ بِهِ عَائِشَةَ» [2] متفق عليهما ، وبه قال عمر، وأبو موسى، وابن عباس وأنس، وقضى به عمر بحضرة الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، فكان إجماعاً ، ( وإن ألحقته ) القافة ( بهما ) أى المدعيين ( لحق ) نسبه ( بهما ) لما روي سعيد عن عمر : «في امْرَأَة وَطئَهَا رَجُلان في طُهْرٍ فَقَالَ القَائفُ : قَدْ اشْتَرَكَا فيه جَميعاً فَجَعَلَهُ بَيْنَهُما » وبإسناده عن الشعبي قال : وعليّ يقول : « هُوَ ابْنُهمَا وَهُمَا أَبَوَاهُ يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانه » ،

---

(١) ، (٢) الحديث متفق عليه من رواية سفيان بن أبي وقاص ، أخرجه البخاري في كتاب الفرائض باب من ادعى إلى غير أبيه ، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان ، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم .

ورواه الزبير بن بكار عن عمر ، ( فيرث ) الملحق بأبوين ( كل واحد منهما إرث ولد كامل ، ويرثانه إرث أب واحد ) لما تقدم ، ( وإن وصي له ) أي الملحق باثنين ( قبلا ) الوصية له ( جميعاً ) لأنهما بمنزلة أب واحد ، وعلى قياس ذلك سائر التصرفات من نكاح وقبول هبة ونحوها . قال الموضح : وهما وليان في غير ذلك كنكاح وغيره ، (وإن خلف ) الملحق باثنين ( أحدهما فله إرث أب كامل، ونسبه ثابت من الميت) كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات والزوجة كالزوجات ، ( ولأمي أبويه مع أمه نصف السدس ) لأنهما بمنزلة أم أب مع أم ، ( ولها ) أي لأم أمه ( نصفه ) أي السدس ، (ولو توقفت القافة في إلحاقه بأحدهما، أو نفته عن الآخر لم يلحق بالذي توقفت فيه ) لأنه لا دليل له ، ( ولا يلتحق ) الولد ( بأكثر من أم واحدة ) لأنه يستحيل أن يكون من أمين ، ( فإن ألحقته القافة بأكثر من أم سقط قولها ) ولم يلحق بواحدة منهما لتبين خطأ القافة وليست إحداهما أولى من الأخرى ، ( وإن ادعى نسبه رجل وامرأة لحق بهما ) لأنه لا تنافي بينهما لإمكان كونه منهما بنكاح، أو وطء شبهة فيكون ابنهما بمجرد دعواهما كالانفراد ، ( فإن قال الرجل : هو ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك ) أي أنه ابنها منه وادعت امرأة أخرى أنه ابنها » ، ( فهو ابنه ) و( ترجح زوجته على الأخرى) لأن زوجها أبوه ، فالظاهر أنها أمه ، ( والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ) جمع قائف ، (ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ) كبني مدلج ( بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف ) قال في الصحاح : يقال : قفت وقفوت وقاف واقتاف أثره إذا اتبعه وهو أقوف الناس . ا هـ .

والقائف كالحاكم ، فلو ألحق بواحد لم يصح إلحاقه منه أو من غيره بعد ذلك بآخر ، وإن أقام بينة أنه ولده حكم له به ، وسقط قول القائف ، لأنه بدل ، فيسقط بوجود الأصل ، ( وإن ادعاه ) أي نسب للقيط ونحوه ( أكثر من اثنين ) كثلاثة فأكثر ، (فألحق) أي ألحقته القافة ( بهم لحق بهم وإن كثروا ) لأن المعنى الذي لأجله ألحق باثنين موجود فيما زاد عليه قياساً ، وقولهم : أن إلحاقه باثنين على خلاف الأصل ممنوع، وإن سلمناه ، لكن ثبت لمعنى موجود في غيره ، فيجب تعدية الحكم إليه ، ( والحكم كما تقدم ) من أنه يرث كل واحد منهم ولد كامل ويرثونه إرث أب واحد ويقبلون له الوصية ونحوها ) لا يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده ) لأنه قد يطلع عليها الغير فلا تحصل الثقة بذكرها ، ( وإن نفته القافة عنهم، أو أشكل عليهم، أو لم توجد قافة) يمكن الذهاب إليها ، ( ولو بعيدة فيذهبون إليها ) ضاع نسبه لأنه لا دليل لأحدهم ، أشبه من لم يدع نسبه ، ( أو اختلف قائفان ، أو ) اختلف ( اثنان وثلاثة فأكثر ضاع نسبه ) لعدم

المرجح لأحد المدعيين ، كما لو تعارضت بينتاهما ، ( وإن اتفق ) قائفان ( اثنان وخالفهما ) قائف ( ثالث أخذ بهما ) لكمال النصاب إن اعتبر التعدد وإلا فتعارض القائفين يقتضي تساقطهما ، والثالث خلا عن معارض فيعمل به ، ( ومثله ) طبيبان وبيطاران في عيب ) خالفهما ثالث فيقدمان عليه ، ( ولو رجعا ) بعد التقويم بأن قوماه بعشرة ثم رجعا إلى اثني عشر أو ثمانية لم يقبل . قال الحارثي : وينبغي حمله على بعد الحكم، ولو رجع من ألحقته به القافة عن دعواه لم يقبل منه، ومع عدم إلحاقها بواحد من اثنين فرجع أحدهما يلحق بالآخر ، ( ولو ألحقته ) القافة ( بواحد لانفراده بالدعوى ثم عادت فألحقته بغيره ) كان للأول ، ( أو ألحقته قافة بواحد فجاءت قافة أخرى فألحقته بآخر ، كان للأول ) لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، كحكم الحاكم ، وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف لأنه بدل فسقط بوجود الأصل ، (وإن ولدت امرأة ذكر أو ) ولدت ( أخرى أنثى وادعت كل واحدة منهم إن الذكر ولدها دون الأنثى عرضتا مع الولدين على القافة ، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به ) القافة كما لو لم يكن لها ولد آخر ، ( فإن لم توجد قافة اعتبر باللبن خاصة ، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته . وقد قيل : إن لبن الابن أثقل من لبن الأنثى ، فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى ، وإن كان الولدان ذكرين، أو أنثيين وادعتا أحدهما تعين عرضه ) أي الولد المتنازع فيه ( على القافة ) كما تقدم ، وإن ادعى اثنان مولوداً ، فقال أحدهما : هو ابني ، وقال الآخر : هو ابني ، نظر إن كان ذكراً فلمدعيه ، وإن كان أنثى فلمدعيها سواء ، كان هناك بينة أو لا ، لأن كل واحد منهما لا يستحق سوى ما ادعاه ، وإن كان خنثى ، مشكلاً عرض معهما عل القافة ، لأنه ليس قول أحدهما أولى من الآخر ، ( وإن وطيء اثنان امرأة بشبهة ، أو ) وطئا ( جارية مشتركة بينهما في طهر واحد، أو وطئت زوجة رجل أو ) وطئت ( أم ولده، وأتت بولد يمكن أن يكون منه ) أي الواطيء ، ( فادعى الزوج أنه من الواطيء أرى ) الولد ( القافة معهما ) أي الواطئين إن كانا موجودين، وإلا فمع أقاربهما، كاللقيط، وألحق بمن ألحقوه به منهما ، ( سواء ادعياه، أو جحداه، أو ) ادعاه ( أحدهما ) وجحده الآخر ، وقد ثبت الفراش ، ذكره القاضي وغيره وهو المذهب ، قاله الحارثي . فقول المصنف : فادعى الزوج أنه من الواطئ تبعاً لأبي الخطاب، والمقنع، والمستوعب: فيه نظر، إذ لا يلائم آخر كلامه لكنه تبع صاحب الإنصاف ، وعبارة المبدع أيضاً موهمة ، وعلى قول أبي الخطاب ومتابعيه إن ادعاه الزوج وحده اختص به لقوة جانبه ، ذكره في المحرر ، وكذا لو تزوجها كل منهما تزويجاً فاسداً، أو كان أحدهما صحيحاً، والآخر فاسداً، أو بيعت أمته فوطئها

المشتري قبل الاستبراء ، وليس لزوج ألحق به اللعان لنفيه ، ( ونفقة المولود ) المشتبه نسبه ( على الواطئين ) لاستوائهما في إمكان لحوقه بهما ، ( فإذا ألحق ) الولد ( بأحدهما رجع ) من لم يلحق به ( على الآخر بنفقته ) لتبين أنه محل الوجوب ، ( ويقبل قول القائف في غير بنوة ، كأخوة وعمومة ) وخؤولة لحديث عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « إِذَا عَلَا مَاؤُهَا مَاءَ الرَّجُلِ أَشْبَهَ الوَلَدُ أَخْوَالَهُ ، وَإِذَا عَلَا مَاءُ الرَّجُلِ مَاءَهَا أَشْبَهَ أَعْمَامَهُ » ذكره الحارثي ، ولا يختص بالعصبات كما تقدم ، لأن المقصود معرفة شبه المدعي للميت بشبه مناسبيه وهو موجود فيما هو أعم من العصبات ، ( ولا قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة ) لأن قوله حكم ، فاعتبرت له هذه الشروط ، ( ولا تشترط حريته ) قال في الإنصاف : هذا المذهب وقدمه في الفروع . قال الحارثي : وهذا أصح ، لأن الرق لا يخل بالمقصود ، فلا يمنع القبول كالرواية والشهادة ، وكالمفتي يجامع العمل بالاجتهاد . وقيل : تشترط حريته جزم به القاضي، وصاحب المستوعب، والموفق، والشارح ، وذكره في الترغيب عن الأصحاب . قال في القواعد الأصولية : الأكثرون على أنه كحاكم ، فتعتبر حريته، وقدمه في الرعاية الكبرى، والحاوي الصغير، وجزم به في المنتهي . قال في المبدع ولا الإسلام . وفي المستوعب : لم أجد أحداً من أصحابنا اشترط إسلام القائف ، وعندي أنه يشترط ، وجزم باشتراطه في شرح المنتهي أخذاً من اشتراط العدالة . قلت : مقتضى قول الأصحاب أنه كحاكم ، أو شاهد اعتبار الإسلام قطعاً والله أعلم .

( ويكفي قائف واحد ) لما روى عن عمر أنه استقاف المصطلقي وحده ، وكذلك ابن عباس استقاف ابن كلدة وحده ، واستلحق به ، ولأنه حكم فقبل الواحد فيه كالحاكم، ( وهو كحاكم فيكفي مجرد خبره ) لقصة مجزز .

« تنبيه » قوله : « مجرباً في الإصابة » أي كثير الإصابة ، فمن عرف مولوداً بين نسوة ليس فيهن أمه ثم وهي فيهن ، فأصاب كل مرة فقائف ، وقال القاضي : يترك الصبي بين عشرة رجال غير مدعية ، فإن ألحقه بأحدهم سقط قوله ، وإن نفاه عنهم ترك مع عشرين منهم مدعيه ، فإن ألحقه به علمت إصابته وإلا فلا ، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته ولو لم تجربه بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة ، وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز ، وقضية إياس بن معاوية في ولد الشريف من جارية شاهدة بذلك .



# كتاب الوقف

( وهو ) مصدر وقف بمعنى حبس وأحبس وسبل . قال الحارثي : وأوقف لغة لبني تميم ، وهو مما اختص به المسلمون . قال الشافعي : لم يحبس أهل الجاهلية ، وإنما حبس أهل الإسلام ، والأصل فيه : ما روى عبد الله بن عمر قال : « أَصَابَ عُمَرُ أَرْضاً بِخَيْبَرَ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللهِ إِنِّي أَصَبْتُ مَالاً بِخَيْبَرَ لَمْ أُصِبْ قَطُّ مَالاً أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ ، فَبِمَا تَأْمُرُنِي فِيهِ ؟ قَالَ : إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، غَيْرَ أَنَّهُ لاَ يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلا يُوهَبُ وَلاَ يُورَثُ . قَالَ : فَتَصدَّقَ بِهَا عُمَرُ فِي الفُقَرَاءِ وَذِي القربَى وَالرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللهِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَالضَّيْفِ ، لا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالمَعْرُوفِ ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقاً غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ - وَفِي لَفْظ - غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ » [1] متفق عليه . وقال جابر : « لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ذُو مَقْدِرَةٍ إلا وَقَفَ » قال القرطبي : لا خلاف بين الأئمة في تحبيس القناطر والمساجد . واختلفوا في غير ذلك . والوقف ( تحبيس مالك ) بنفسه ، أو وكيله ( مطلق التصرف ) وهو المكلف الحر الرشيد ( ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته ) أي المال. قال الحارثي : معنى تحبيس الأصل إمساك الذات عن أسباب التملكات مع قطع ملكه فيها ( يصرف ريعه ) أي المال ( إلى جهة بر ) هذا معنى قولهم : «وَتَسْبِيلُ المَنْفَعَة» أي إطلاق فوائد العين الموقوفة من غلة، وثمرة وغيرها للجهة المعينة. وقوله : (تقرباً إلى الله تعالى ) تبع فيه صاحب المطلع، والتنقيح. ولعل المراد اعتبار ذلك لترتب الثواب عليه لا لصحة الوقف ، فكثير من الواقفين لا يقصد ذلك ، بل منهم من يقصد قصداً محرماً، كمن عليه ديون وخاف بيع عقاره فيها، كما أشار إليه في شرح المنتهى أو يقال: هذا بيان أصل مشروعية الوقف ، وسمي وقفاً لأن العين موقوفة، وحبيساً لأن العين محبوسة ، (وهو مسنون ) لقوله تعالى : ﴿ وَافْعَلُوا الخَيْرَ ﴾ [2] ، ولفعله ﷺ وفعل أصحابه .

( ويصح ) الوقف ( بقول ) ويأتي صريحه وكنايته ، ( و ) يصح الوقف أيضاً بـ (فعل) مع ( دال عليه ) أي الوقف ( عرفاً ) كالقول ، لاشتراكهما في الدلالة عليه ، وذلك ( مثل أن يجعل أرضه مقبرة ويأذن في الدفن فيها ) إذناً عاماً ، لأن الإذن الخاص

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الشروط ، باب الشروط في الوقف ، وأخرجه مسلم في كتاب الوصية ، باب الوقف ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١٠٥٦) . (٢) سورة الحج ، الآية : ٧٧ .

قد يقع على غير الموقوف ، فلا يفيد دلالة الوقف ، ( أو يبني بنياناً على هيئة مسجد ويأذن للناس في الصلاة فيه إذناً عاماً ) لما تقدم ، ( أو أذن وأقام فيه ) أي فيما بناه على هيئة المسجد بنفسه، أو بمن نصبه لذلك ، لأن الأذان والإقامة فيه كالإذن العام في الصلاة فيه . قال الشيخ تقي الدين : ولو نوى خلافه ، نقله أبو طالب . انتهى ، أي أن نيته خلاف ما دل عليه الفعل لا أثر لها . قال الحارثي : وليس يعتبر للإذن وجود صيغة ، بل يكفي ما دل عليه من فتح الأبواب، أو التأذين ، أو كتابة لوح بالإذن أو الوقف . انتهى ، وكذا لو أدخل بيتاً في المسجد ، وأذن فيه ، ( أو بني بيتاً لقضاء حاجة الإنسان) أي البول والغائط ، ( والتطهير ويشرعه ) أي يفتح بابه إلى الطريق ( لهم ) أي للناس ( أو يملأ خابية ) أو نحوها ( ماء على الطريق ) أو في مسجد ونحوه ، لدلالة الحال على تسبيله ، ( ولو جعل سفل بيته مسجداً ، وانتفع بعلوه ) أي البيت صح ( أو عكسه ) بأن جعل علو بيته مسجداً وانتفع بسفله صح ، ( أو ) جعل ( وسطه ) أي البيت مسجداً وانتفع بعلوه وسفله ، ( ولو لم يذكر استطراقاً ) إلى ما جعله مسجداً ( صح ) الوقف ، ( ويستطرق ) إليه ( كما لو باع ) بيتاً من داره ، ( أو أجر بيتاً من داره ) ولم يذكر له استطراقاً ، فإنه يصح البيع والإجارة ويستطرق إليه على العادة ، ( وصريحه ) أي القول ( وقفت، وحبست، وسبلت ويكفي أحدها ) ، فمن أتى بكلمة من هذه الثلاث صح بها الوقف لعدم احتمال غيره ، بعرف الاستعمال المنظم إليه عرف الشرع ، لأنه عليه الصلاة والسلام قال لعمر : « إنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَسَبَّلْتَ ثَمَرَتَهَا »[1] فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق ، وإضافة التحبيس إلى الأصل ، والتسبيل إلى الثمرة لا يقتضي المغايرة في المعنى . فإن الثمرة محبسة أيضاً على ما شرط صرفها إليه ، ( وكنايته : تصدقت ، وحرمت ، وأبّدت ) لعدم خلوص كل لفظ منها عن الاشتراك . فإن الصدقة تستعمل في الزكاة ، وهي ظاهرة في صدقة التطوع ، والتحريم صريح في الظهار والتأبيد يستعمل في كل ما يراد تأبيده من وقف وغيره ، ( ولا يصح ) الوقف (بالكناية إلا أن ينويه ) المالك ، فمتى أتى بإحدى هذه الكنايات ، واعترف أنه نوى بها الوقف ، لزمه في الحكم لأنها بالنية صارت ظاهرة فيه ، وإن قال : ما أردت بها الوقف، قبل قوله ، لأنه أعلم بما في ضميره لعدم الاطلاع على ما في الضمائر ، ( أو يقرن به ) أي بلفظة الكناية ( أحد الألفاظ الخمسة ) وهي الكنايتان والصرائح الثلاث ، (فيقول : تصدقت ) بكذا ( صدقة موقوفة ، أو ) تصدقت به صدقة ( محبسة ، أو ) صدقة (مسبلة، أو ) صدقة ( مؤبدة ، أو ) صدقة ( محرمة ، أو يقول : هذه ) العين (محرمة موقوفة ، أو ) محرمة ( محبسة ، أو ) محرمة ( مسبلة ، أو ) محرمة ( مؤبدة ، أو يصفها ) أي

---

(١) راجع (١) في الصفحة السابقة

الكناية ( بصفات الوقف ، فيقول ) تصدقت به صدقة ( لا تباع ) ، ( أو لا توهب)، ( أو لا تورث ، أو ) يقرن الكناية بحكم الوقف كأن ( يقول : تصدقت بأرضي على فلان والنظر لي أيام حياتي ، أو ) والنظر ( لفلان ثم من بعده لفلان ، وكذا لو قال : تصدقت به على فلان ثم من بعده على ولده ، أو ) تصدقت به على فلان ، ثم ( على فلان ، أو تصدقت به على قبيلة كذا ، أو ) تصدقت به على (طائفة كذا ) كالفقراء، أو الغزاة ، لأن هذه الألفاظ ونحوها لا تستعمل فيما عدا الوقف ، فأشبه ما لو أتى بلفظه الصريح ، ( ولو قال ) رب دار : ( تصدقت بداري على فلان ، ثم قال ) المتصدق ( بعد ذلك : أردت الوقف ولم يصدقه فلان ) ، وقال : إنما هي صدقة ، فلي التصرف في رقبتها بما أريد ( لم يقبل قول المتصدق في الحكم ) لأنه خلاف الظاهر . قال في الإنصاف : فيعابى بها ، قال في الاختيارات : ومن قال : قريتي التي بالثغر لموالي الذين به ولأولادهم صح وقفاً ، ونقله يعقوب بن بختان [1] عن أحمد . وإذا قال واحد أو جماعة : جعلنا هذا المكان مسجداً ، أو وقفاً صار مسجداً ، أو وقفاً بذلك ، وإن لم يكملوا عمارته ، وإذا قال : كل منهم جعلت ملكي للمسجد ، أو في المسجد ونحو ذلك صار بذلك وقفاً للمسجد . انتهى .

فيؤخذ منه أن الوقف يحصل بكل ما أدى معناه ، وإن لم يكن من الألفاظ السابقة ، ووقف الهازل ووقف التلجئة إن غلب على الوقف جهة التحرير من جهة أنه لا يقبل الفسخ ، فينبغي أن يصح كالعتق والإتلاف ، وإن غلب عليه شبه التمليك فيشبه الهبة والتمليك ، وذلك لا يصح من الهازل على الصحيح ، قاله في الاختيارات ، ( ولا يصح) الوقف ( إلا بشروط ) خمسة ( أحدها : أن يكون في عين معلومة يصح بيعها ) بخلاف نحو أم ولد ( غير مصحف ) فيصح وقفه ، وإن لم يصح بيعه على ما فيه من خلاف ، وتقدم .

( و ) يعتبر في العين الموقوفة أيضاً أن ( يمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها عرفاً كإجارة، واستغلال ثمرة ونحوه ) لأن الوقف يراد للدوام ليكون صدقة جارية ولا يوجد ذلك فيما لا تبقى عينه . وأشار بقوله كإجارة إلى آخره إلى أن المنتفع به تارة يراد منه ما ليس عيناً كسكنى الدار، وركوب الدابة، وزراعة الأرض، وتارة يراد منه حصول عين كالثمرة من الشجر، والصوف، والوبر، والألبان، والبيض من الحيوان ( عقاراً كان ) الموقوف

---

(١) يقول صاحب المنهج الأحمد : يعقوب بن إسحاق بن بختان أبو يوسف سمع مسلم بن إبراهيم وإمامنا أحمد ، وروى عنه أبو بكر بن أبي الدنيا وجعفر الهذلي ، وذكر الخلال أنه كان جار إمامنا أحمد وصديقه ، وأنه كان من خيار المسلمين ولا تعرف له سنة وفاة ، راجع الطبقات (٥٤١) ، وتاريخ بغداد (١٤/ ١٨٠ برقم ٧٥٧٣) .

كأرض ( أو شجراً ، أو منقولاً كالحيوان ) كفرس وقفه على الغزاة ، ( و ) كـ ( الأثاث) كبساط يفرش في مسجد ونحوه ، ( و ) كـ ( السلاح ) كسيف ، أو رمح ، أو قوس على الغزاة ، (والمصحف وكتب العلم ونحوه ) أما العقار ، فلحديث عمرو . أما الحيوان فلحديث أبي هريرة مرفوعاً : « مَنْ احْتَبَسَ فَرَساً فِي سَبِيلِ الله إيمَاناً وَاحْتِسَاباً ، فَإنَّ شِبَعَهُ وَرَوْثَهُ وبَوْلَهُ في ميزَانه حَسَنَاتٌ » [1] رواه البخاري ، وأما الأثاث والسلاح فلقوله ﷺ : « أمَا خَالدٌ فَقَدْ حَبَسَ أدرَاعَهُ وَأعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ الله » متفق عليه . وفي البخاري : « وَأعْتدَهُ » قال الخطابي : « الأعْتَادُ » ما يعده الرجل من مركوب، وسلاح، وآلة الجهاد. وما عدا ذلك فمقيس عليه ، لأن فيه نفعاً مباحاً مقصوداً ، فجاز وقفه كوقف السلاح ، (ويصح وقف المشاع ) كنصف ، أو سهم من عين يصح وقفها لحديث ابن عمر : « أنَّ عُمَرَ قَالَ المائَةُ سَهْمٍ التِي بِخَيْبَرَ لَمْ أُصب مَالاً قَطُّ أعْجَبَ إلى مِنْهَا ، فَأرَدْتُ أنْ أتَصَدَّقَ بِها فَقَالَ النبيُّ ﷺ : حَبِّسَ أصْلَهَا وَسَبِّلْ ثَمرَتَهَا » [2] رواه النسائي وابن ماجة ، ويعتبر أن يقول: كذا سهماً من كذا سهماً ، قاله أحمد .

( فلو وقفه ) أي المشاع ( مسجداً ثبت فيه حكم المسجد في الحال ) عند التلفظ بالوقف ( فيمنع منه الجنب ) والسكران ومن عليه نجاسة تتعدى ، ( ثم القسمة متعينة هنا ) أي فيما إذا وقف المشاع مسجداً ( لتعينها طريقاً للانتفاع بالموقوف ) قال في الفروع : توجيهاً، وكذا ذكره ابن الصلاح ، ( وصح وقف الحلي للبس والعارية ) لما روى نافع : « أنَّ حَفصةَ ابْتَاعَت حُلياً بِعشْرِينَ ألْفاً حَبَسَتْهُ عَلَى نِسَاء آلِ الخَطَابِ ، فَكَانَتْ لا تُخْرِجُ زَكَاتَهُ » رواه الخلال ، ( ولو أطلق ) واقف الحلي ( وقفه ) فلم يعينه للبس ، أو عارية (لم يصح ) وقفه ، لأنه لا ينتفع به في غير ذلك إلا باستهلاكه ، ( ولا يصح الوقف في الذمة ، كقوله : وقفت عبداً أو داراً ، ولا ) وقف ( مبهم غير معين كأحد هذين ) العبدين ، لأن الوقف نقل ملك على وجه الصدقة فلم يصح في غير معين كالهبة ، فإن كان المعين مجهولاً مثل أن يقف داراً لم يرها . قال أبو العباس : منع هذا بعيد ، وكذلك هبته .

( ولا ) يصح أيضاً ( وقف أم ولد ) لأنه لا يصح بيعها ، ولا يصح أيضاً الوقف عليها ، ويأتي ، ( فإن وقف على غيرها ) كعلي زيد ( على أن ينفق عليها ) أي على أم ولده ( منه مدة حياته ، أو ) وقف على زيد مثلاً على أن يكون ( الريع لها ) أي لأم ولده (مدة حياته صح ) الوقف لأن استثناء المنفعة لأم ولده كاستثنائها لنفسه .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الجهاد ، باب من احتبس فرساً في سبيل الله .

(٢) الحديث سبق تخريجه .

( ولا ) يصح أيضاً ( وقف كلب، وحمل منفرد، ومرهون، وخنزير، وسباع البهائم التي لا تصلح للصيد ، وكذا جوارح الطير ) التي لا تصلح للصيد، لأنه لا يصح بيعها، ولا وقف منفعة يملكها كخدمة عبد موصي له بها ، ومنفعة أم ولده في حياته ، ومنفعة العين المستأجرة . ومال الشيخ تقي الدين إلى صحته ، ( ويصح وقف المكاتب ) لأنه يصح بيعه ، ( فإذا أدى ) ما عليه عتق ، و( بطل الوقف ) لأن الكتابة عقد لازم فلا تبطل بوقفه كبيعه وهبته ، ( و ) يصح ( وقف الدار ونحوها وإن لم يذكر حدودها إذا كانت معروفة ) للواقف ، وتقدم لك كلام أبي العباس ، و( لا ) يصح ( وقف ما لا ينتفع به مع بقائه دائماً كالأثمان ) كحلقة فضة تجعل في باب مسجد ، وكوقف الدراهم والدنانير لينتفع باقتراضها ، لأن الوقف تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة، وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك ، فيزكي النقد ربه ببقائه في ملكه ، ( إلا ) إذا وقف الأثمان ( تبعاً كفرس بسرج ولجام مفضضين فيباع ذلك ) أي ما في السرج واللجام المفضضين من الفضة لأن الفضة فيه لا ينتفع بها ، ( وينفق ) ما حصل من ثمنه ( عليه) أي على الفرس الحبيس لأنه من مصلحته ( نص عليه في الفرس الحبيس ) ذكره في الاختيارات . وقال في رواية بكر بن محمد [1] : وإن بيع الفضة من السرج واللجام ، وجعل في وقف مثله فهو أحب إليّ ، لأن الفضة فيه لا ينتفع بها ، ولعله يشتري بتلك الفضة سرج ولجام فيكون أنفع للمسلمين ، قيل : فتباع الفضة وتجعل في نفقته ؟ قال : لا . قال في المغني: فأباح أن يشتري بفضة السرج واللجام سرجاً ولجاماً ؛ لأنه صرف لها في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بها فيه ، فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب ، فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيعه ، وصرف ثمنه في مثله ، ولم يجز إنفاقها على الفرس ، لأنه صرف لها إلى غير جهتها .

( ولا ) يصح وقف ( مطعوم، ومشروب غير ماء، ولا ) وقف ( شمع، ورياحين) لما تقدم ، وأما الماء فيصح وقفه نص عليه ، قاله في الفائق وغيره . وقد نقلنا كلام الحارثي وغيره فيه في الحاشية ، ( ولو وقف قنديل نقد على مسجد ) أو نحوه ( لم يصح ) الوقف لأنه لا ينتفع به مع بقاء عينه ، ( وهو ) أي القنديل ( باق على ملك صاحبه فيزكيه ) لبطلان وقفه ، ( ولو تصدق بدهن على مسجد ليوقد فيه جاز ) لأن تنوير المسجد مندوب إليه ، ( وهو من باب الوقف ، قاله الشيخ ) كوقف الماء .

الشرط ( الثاني : أن يكون ) الوقف ( على بر ) وهو اسم جامع للخير، وأصله الطاعة

---

(١) يقول صاحب المنهج الأحمد : بكر بن محمد النسائي الأصل أبو أحمد البغدادي المنشأ عنده مسائل كثيرة عن إمامنا أحمد ، راجع المنهج الأحمد (١/ ٢٧٨ رقم ٢٤٢) ، والطبقات رقم (١٤٠) .

لله تعالى . والمراد اشتراط معنى القربة في الصرف إلى الموقوف عليه ، لأن الوقف قربة وصدقة ، فلا بد من وجودها فيما لأجله الوقف ، إذ هو المقصود ، سواء كان الوقف (من مسلم، أو ذمي ) لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي كالوقف على غير معين . قال أحمد في نصاري وقفوا على البيعة وما توا ، ولهم أبناء نصارى فأسلموا ، والضياع بيد النصارى ، فلهم أخذها ، وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم . لا يقال : ما عقده أهل الكتاب وتقابضوه، ثم أسلموا، أو ترافعوا إلينا لا ينقض ، لأن الوقف ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة ملك عن الموقوف على وجه القربة ، فإذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك ، فيبقى بحاله كالعتق والقربة قد تكون على الآدمي ( كالفقراء والمساكين ) والغزاة والعلماء والمتعلمين ، ( و ) قد تكون على غر آدمي كـ ( الحج والغزو وكتابة الفقه ، و) كتابة ( العلم ، و) كتابة ( القرآن ، و) كـ (السقايات ) مع سقاية - بكسر السين - وهي في الأصل الموضع الذي يتخذ فيه الشراب في المواسم وغيرها ، وتطلق على ما بني لقضاء الحاجة . قال في المبدع : وليس منصوصاً عليه في كتب اللغة والغريب ، ( والقناطر وإصلاح الطرق، والمساجد، والمدارس، والبيمارستانات) وإن كانت منافعها تعود على الآدمي فيصرف في مصالحها عند الإطلاق، ( و ) من النوع الأول ( الأقارب ) فيصح الوقف على القريب ( من مسلم وذمي ونحو ذلك من القرب ) كالربط ، والخانات لأبناء السبيل .

( ولا يصح ) الوقف ( على مباح ) كتعليم شعر مباح ، ( و ) لا على ( مكروه ) كتعليم منطق لانتفاء القربة ، ( و ) لا على ( معصية ) ، ويأتي أمثلته لما فيه من المعونة عليها ، ( ويصح ) الوقف ( على ذمي ) معين ( غير قريبه ) ولو من مسلم لجواز صلته، ( وشرط استحقاقه ما دام ذمياً لاغ ويستمر له إذا أسلم ) بطريق الأولى ، ( كمع عدم هذا الشرط ، ولا يصح وقف الستور ) ، وإن لم تكن حريراً ( لغير الكعبة ) كوقفها على الأضرحة ، لأنه ليس بقربة [1] .

(ويصح وقف عبده على حجرة النبي ﷺ لإخراج ترابها، وإشعال قناديلها، وإصلاحها) لأن فيه قربة في الجملة ، و( لا ) يصح وقف العبد ( لإشعالها وحده وتعليق ستورها الحرير والتعليق وكنس الحائط ونحو ذلك ، ذكره في الرعاية ) لأن ذلك غير مشروع . قال في الاختيارات : وينبغي أن يشترط في الواقف أن يكون ممن يمكن من تلك القربة ،

---

(١) كسوة الأضرحة بالحرير وغيره من السجف والستائر ليست من الإسلام في شيء ، وما نراه على الأضرحة من إقامة خشبة عليها أو بناء ، ثم كسوتها باللباس الفاخر والزخرف النادر تشبيهاً لها بالكعبة شكلاً وكساء ليدور الناس حولها ، ويتبرك بها الجهلاء ورقيقو العقيدة يجعل هذه الكسوة كبيرة من الكبائر وذنباً من أضخم الذنوب ، وما أحرانا أن نعود إلى لب ديننا وهو التوحيد الخالص والصفاء الكامل ، والله هو الهادي إلى سواء السبيل .

فلو أراد الكافر أن يقف مسجداً منع منه، ( ولا يصح ) الوقف ( على كنائس، وبيوت نار وبيع، وصوامع، وديورة، ومصالحها ) كقناديلها، وفرشها، ووقودها، وسدنتها ، لأنه معونة على معصية ، ( ولو ) كان الوقف على ما ذكر ( من ذمي ) فلا يصح لما تقدم من أن ما لا يصح من المسلم لا يصح من الذمي . قال في أحكام أهل الذمة: وللإمام أن يستولي على كل وقف وقف على كنيسة وبيت نار ، أو بيع ويجعلها على جهة قربات . انتهى .

والمراد إذا لم يعلم ورثة واقفها ، وإلا فللورثة أخذها كما تقدم ، ( بل ) يصح الوقف ( على من ينزلها ) أي الكنائس والديورة ونحوها ( من مار ومجتاز بها فقط ) لأن الوقف عليهم لا على البقعة والصدقة عليهم جائزة ، ( ولو كان ) الوقف على من يمر بها أو يجتاز من أهل الذمة فقط ، فيصح الوقف ، نقله في الفروع عن المنتخب والرعاية ، وقاله في المغني في بناء بيت يسكنه المجتاز منهم . قال في الإنصاف : ولم أر ما قاله عن الرعاية فيها في مظنته ، بل قال فيها : فيصح منها على من يمر بها ، أو ينزلها ، أو يجتاز راجلاً ، أو راكباً . قال الحارثي : إن خص المارة منهم لم يصح لما ذكرنا من بطلان الوقف على اليهود والنصارى . قال في شرح المنتهى : وهو المذهب .

( ولا ) يصح الوقف ( على كتابة التوراة والإنجيل ، ولو ) كان الوقف ( من ذمي ) لوقوع التبديل والتحريف . وقد روى من غير وجه : « أنَّ النَّبيَّ ﷺ غَضبَ لَمَّا رَأَى مَعَ عُمَرَ صَحِيفَةً فِيهَا شَيْءٌ مِنَ التَّوْرَاةِ » وكذا كتب بدعة ، ( ووصية كوقف في ذلك ) المذكور مما تقدم ، فتصح فيما يصح الوقف عليه ، وتبطل فيما لا يصح عليه .

( ولا ) يصح الوقف أيضاً ( على ) طائف ( الأغنياء وقطاع الطريق وجنس الفسقة والمغاني ، ولا على التنوير على قبر ، و) لا على ( تبخيره ، ولا ) على ( من يقيم عنده أو يخدمه أو يزوره ، قاله في الرعاية ) لأن ذلك ليس من البر ، لكن في منع الوقف على من يزوره نظر : فإن زيارة القبور للرجال سنة إلا أن يحمل على زيارة فيها سفر .

( ولا ) يصح الوقف أيضاً ( على بناء ) مسجد عليه أي القبر ( ولا وقف البيت الذي فيه القبر مسجداً ) لقول ابن عباس : « لَعَنَ رَسُولُ اللهِ ﷺ زَائِرَاتِ القُبُورِ وَالْمُتَخذِينَ علَيْهَا المَسَاجِدَ وَالسُّرُجَ » [1] أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي ، قاله الحارثي .

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ١/٢٢٩ ، ٢٨٧ ، ٣٢٤ ، ٣٣٧ في مسند عبد الله بن عباس رضي الله عنه ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الجنائز ، باب في زيارة النساء القبور ، الحديث (٣٢٣٦) ، والترمذي في السنن : ٢/١٣٦ ، كتاب الصلاة ، باب كراهية أن يتخذ على القبر مسجداً ، الحديث (٣٢٠) ، والنسائي في المجتبي من السنن : ٤/٩٤ - ٩٥ ، كتاب الجنائز ، باب التغليظ في اتخاذ السرج على القبور .

( ولا ) يصح وقف الإنسان ( على نفسه ) عند الأكثر ، نقل حنبل وأبو طالب ما سمعت بهذا ولا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله . ووجهه أن الوقف تمليك إما للرقبة أو المنفعة ، وكلاهما لا يصح هنا ، إذ لا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه كبيعه ماله من نفسه ، ( فإن فعل بأن وقف على نفسه ثم على من يصح الوقف عليه كولده ) صرف الوقف ( في الحال إلى من بعده ) لأن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه ، فيكون كأنه وقف على من بعده ابتداء ، فإن لم يذكر غير نفسه فملكه بحاله ، ويورث عنه . وعنه يصح الوقف على النفس اختارها جماعة ، قال في الإنصاف عليها العمل في زمننا وقبله عند حكامنا من أزمنة متطاولة وهو الصواب ، وفيه مصلحة عظيمة وترغيب في فعل الخير ، وهو من محاسن المذهب . قال في الفروع : ومتى حكم به حاكم ، حيث يجوز له الحكم ، فظاهر كلامهم ينفذ حكمه ظاهراً . قال في شرح المنتهى ، ويؤخذ منه جواز القضاء بالمرجوح من الخلاف . انتهى .

قلت : هذا في المجتهد كما يشعر به قوله ، حيث يجوز له الحكم ، أما المقلد فلا ، (وإن وقف ) الإنسان ( على غيره ) كأولاده، أو مسجد ، ( واستثنى كل الغلة له ) أي لنفسه صح ، ( أو ) وقف على نحو مسجد واستثنى الغلة ( لولده، أو غيره مدة حياته، أو مدة معينة، أو استثنى الأكل ) مما وقفه، ( أو ) استثنى ( النفقة عليه وعلى عياله ) مما وقفه ، ( أو ) شرط ( الانتفاع لنفسه وعياله ونحوهم ، ولو ) كان الانتفاع ( بسكنى مدة حياتهم ، أو ) شرط ( أن يطعم صديقه صح ) الوقف على ما قال ، ( سواء قدر ذلك ) أي ما يأكله هو، أو عياله، أو صديقه ونحوه ، ( أو أطلقه ) لقول عمر رضي الله عنه لما وقف : « لا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقاً غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ » ، وكان الوقف في يده إلى أن مات ، ( فلو مات ) الواقف ( المشروط له ) نحو السكنى (في أثناء المدة المعينة ) لنحو السكنى ، ( فلورثته ) السكنى ونحوها ( باقي المدة لهم ) أي ورثته ( إجارتها للموقوف عليه ولغيره ) كما لو باع داراً واستثنى سكناها سنة .

قلت : فيؤخذ منه صحة إجارة ما ملك منفعته ، وإن لم يشترطها الواقف له ، ( ولو وقف ) شيئاً ( على الفقراء فافتقر ) الواقف ( شمله ) الوقف ، ( وتناول ) الواقف ( منه) لأنه لم يقصد نفسه ، وإنما وجدت الجهة التي وقف عليها ، ( ولو وقف ) إنسان (مسجداً أو مقبرة ، أو بئراً ، أو مدرسة لعموم الفقهاء، أو لطائفة منهم ) كالحنابلة ، ( أو ) وقف ( رباطاً، أو غيره للصوفية ) أو نحوهم، ( مما يعم ، فهو ) أي الواقف ( كغيره في الاستحقاق والانتفاع ) بما وقفه ، لقول عثمان رضي الله عنه : « هل تَعْلَمُونَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَدِمَ الْمَدِينَةَ ، وَلَيْسَ بِهَا مَاءٌ يُسْتَعْذَبُ ، غَيْرَ بِئْرِ رَوْمَةَ ، فَقَالَ : مَنْ يَشْتَرِي بِئْرَ

رَوْمَةَ فَيَجْعَلَ فِيهَا دَلْوَهُ مَعَ دلاء الْمُسْلِمينَ بِخَيْرٍ لَهُ مِنْهَا فِي الْجَنَّة ؟ فَاشْتَرَيْتُهَا مِنْ صُلْبِ مَالِي ، فَجَعَلْتُ فِيهَا دَلْوِي مَعَ دِلاءِ الْمُسْلِمِينَ ، قَالُوا : اللَّهُمَّ نَعَمْ » والصوفي : المتبتل للعبادة وتصفية النفس من الأخلاق المذمومة .

( لكن من كان من الصوفية جماعاً للمال ، ولم يتخلق بالأخلاق المحمودة ، ولا تأدب بالآداب الشرعية غالباً ، لا آداب وضعية ) أي لا أثر لتأديبهم بآدابهم الموضوعة لهم غير المطلوبة شرعاً ، ( أو ) كان ( فاسقاً ، لم يستحق شيئاً ) من الوقف على الصوفية ، ( قاله الشيخ ) لعدم دخوله فيهم . ( وقال : الصوفي الذي يدخل في الوقف على الصوفية يعتبر له ثلاثة شروط : الأول : أن يكون عدلاً في دينه . الثاني : أن يكون ملازماً لغالب الآداب الشرعية في غالب الأوقات ، وإن لم تكن ) الآداب (واجبة: كآداب الأكل ، والشرب ، واللباس ، والنوم ، والسفر ، والصحبة والمعاملة مع الخلق إلى غير ذلك من آداب الشريعة قولاً وفعلاً ، ولا يلتفت إلى ما أحدثه بعض المتصوفة من الآداب التي لا أصل لها في الدين ، من التزام شكل مخصوص في اللبسة ونحوها ، مما لا يستحب في الشريعة ) . الشرط ( الثالث : أن يكون قانعاً بالكفاية من الرزق بحيث لا يمسك ما يفضل عن حاجته في كلام طويل ) ذكره ( في كتاب الوقف من الفتاوي المصرية ، ولا يشترط في الصوفي لباس الخرقة المتعارفة عندهم من يد شيخ ) ، إذ لا دليل على اشتراطه في الشرع ، ( ولا رسوم اشتهر تعارفها بينهم ) عبارة الحارثي ، ولمتأخري مشايخ الصوفية رسوم اشتهر تعارفها بينهم ، ( فما وافق منها الكتاب والسنة فهو حق ، وما لا فهو باطل ، ولا يلتفت إلى اشتراطه ) وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، ( قاله الحارثي ) [1] .

الشرط ( الثالث ) من شروط الوقف : ( أن يقف على معين ) من جهة ، كمسجد كذا أو شخص : كزيد ( يملك ملكاً مستقراً ) لأن الوقف يقتضي تحبيس الأصل تحبيساً لا تجوز إزالته ، ومن ملكه غير ثابت تجوز إزالته ، والوقف على المساجد ونحوها وقف على المسلمين إلا أنه عين في نفع خاص لهم ، ( فلا يصح ) الوقف ( على مجهول كرجل

---

(١) ما يذكره الشارح جزء من كل مما عليه متصوفي زماننا هذا ، فهم قد خرجوا بطقوسهم عن شريعة الله واتخذوا صوفيتهم طريقاً لجمع الأموال وإنفاقها فيما حرّم الله ، وتسلطوا على أتباعهم بضروب من الشعوذة والسحر لإيهامهم أنها كرامة لهم ، عافانا الله منهم ومن شرورهم ، وهم أبعد الناس عن جوهر الإسلام وحقيقته في هذا الزمان ، بل قد سمعت أن بعض مشايخ الصوفية في هذا العصر يحرم على أبنائه النظر في غير مؤلفاته ، ويجعله قطيعة بينه وبين مريده .

ومسجد ونحوهما ) كسقاية ، ورباط ، ولا على أحد هذين الرجلين، أو المسجدين لتردده، ( ولا ) يصح الوقف ( على ميت ، وجنى ، ورقيق قن ، ومدبر ، وأم ولد ومكاتب ) ومعلق عتقه بصفة ، لأن الوقف تمليك ، فلا يصح على من لا يملك ، والمكاتب ملكه ضعيف غير مستقر ، ( ولا ) يصح الوقف أيضاً ( على حمل أصالة ) كوقف داري على ما في بطن هذه المرأة ، فلا يصح ، لأنه تمليك إذن ، والحمل لا يصح تمليكه بغير الأرث والوصية ( لا ) إن وقف على الحمل (تبعاً ) لمن يصح الوقف عليه ، (كـ) وقفت ( على أولادي ، أو ) على ( أولاد فلان ) وفيهم حمل ، فيشمله الوقف على ما يأتي ، ( أو ) قال: وقفت هذا على أولادي، ثم أولادهم أبداً، أو أولاد زيد، ثم أولادهم أبداً ونحوه.

فـ ( انتقل الوقف إلى بطن من أهل الوقف ، وفيهم حمل فيستحق ) معهم ( بوضعه من ثمر وزرع ما يستحق مشتر ) على ما سبق تفصيله في بيع الأصول والثمار ، ونقل جعفر : يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد ، ومن نخل لم يؤبر ، فإن بلغ الزرع الحصاد أو أبر النخل لم يستحق منه شيئاً ، وقطع به في المبهج والقواعد ، ( ولا يصح ) الوقف ( على معدوم أصلاً ) أي أصالة ، ( كـ ) قوله : وقفت هذا على ( من سيولد ) لي أو لفلان ، ( أو ) على من ( يحدث لي ، أو لفلان ) لأنه لا يصح تمليك المعدوم ، (ويصح) الوقف على المعدوم ( تبعاً ) كوقفت على أولادي ومن سيولد لي ، أو على أولاد زيد ومن يولد له ، أو على أولادي ثم أولادهم أبداً .

( ولا ) يصح الوقف ( على ملك ) -بفتح اللام- أحد الملائكة ( كجبريل ونحوه ، ولا على بهيمة ) لما تقدم ، ( وإن قال : وقفت كذا وسكت ولم يذكر مصرفه ، فالأظهر بطلانه ، لأن الوقف يقتضي التمليك ) فلا بد من ذكر المملك ، ( ولأن جهالة المصرف) مع ذكره ( مبطلة ، فعدم ذكره أولى ) بالإبطال . وقال في الإنصاف : الوقف صحيح عند الأصحاب ، وقطعوا به ، وقال في الروضة على الصحيح عندنا . فظاهره أن في الصحة خلافاً . انتهى . ومقتضاه : أن صاحب الإنصاف لم يطلع فيه على خلاف للأصحاب ، وكذا لم يحك الحارثي في صحته خلافاً بين الأصحاب . قال : ولنا أنه إزالة ملك على وجه القربة ، فصح مطلقاً كالأضحية والوصية . أما صورة المجهول : فالفرق بينهما أن الإطلاق يفيد مصرف البر ، لخلو اللفظ عن المانع منه ، وكونه متعارفاً فالصرف إليه ظاهر في مطابقة مراده ، ولا كذلك التقييد بالمجهول . فإنه قد يريد معيناً غير ما قلنا من المتعارف ، فيكون إذن الصرف إلى المتعارف غير مطابق لمراده ، فينتفى الصرف بالكلية فلم يصح .

الشرط ( الرابع : أن يف ناجزاً ) غير معلق ولا مؤقت ، ولا مشروط بنحو خيار ، (فإن علقه ) أي الوقف ( بشرط غير موته ، لم يصح ) الوقف ، سواء كان التعليق لابتدائه ، كقوله : إذا قدم زيد ، أو ولد لي ولد ، أو جاء رمضان ، فداري وقف عليّ كذا ، أو كان التعليق لانتهائه ، كقوله : داري وقف على كذا إلى أن يحضر زيد، أو يولد لي ولد ونحوه ، لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية ، فلم يجز تعليقه بشرط في الحياة كالهبة ، ( وإن قال : هو وقف بعد موتي ، صح ) لأنه تبرع مشروط بالموت فصح ، كما لو قال : قفوا داري بعد موتي على كذا ، واحتج الإمام بأن عمر وصى ، فكان في وصيته : « هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللهِ عُمَرَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ إنْ حَدَثَ بِهِ حَدَثٌ أَنَّ ثَمغاً صَدَقَةٌ » ، وذكر بقية الخبر ، وروى نحوه أبو داود . قال في القاموس: وثمغ - بالفتح - : مال بالمدينة لعمر وقفه .

( ويكون ) الوقف المعلق بالموت ( لازماً ) من حين قوله : هو وقف بعد موتي ، ونص أحمد في رواية الميموني على الفرق بينه وبين المدبر . قال الحارثي : والفرق عسير جداً ، وإن كان الموقوف نحو أمَة ، ففي القواعد : صارت كالمستولدة ، فينبغي أن يبيعها ولدها . انتهى . وأما الكسب ونحوه ، فالظاهر أنه للواقف وورثته إلى الموت ، لأنه ملك قبل الموت لقول الميموني للإمام ، والوقوف إنما هي شيء وقفه بعده ، وهو ملك الساعة ، ( ويعتبر ) الوقف المعلق بالموت ( من ثلثه ) لأنه في حكم الوصية ، فإن زاد على الثلث توقف لزوم الوقف في الزائد على إجازة الورثة ، وإذا قال : داري وقف على موالي بعد موتي ، دخل أمهات أولاده ، ومدبروه ، لأنهم من مواليه حقيقة إذن ، قاله الحارثي .

( وإن شرط ) الواقف في الوقف ( شرطاً فاسداً كخيار فيه ) بأن قال : وقفته بشرط الخيار أبداً ، أو مدة معينة ، لم يصح، ( أو ) بشرط ( تحويله ) أي بالوقف عن الموقوف عليه إلى غيره ، بأن قال : وقفت داري علي كذا ، على أن أحولها عن هذه الجهة ، أو عن الوقفية بأن أرجع فيها متى شئت ، لم يصح الوقف ، ( و ) كشرطه ( تغيير شرطه، و) كشرط ( بيعه ) متى شاء ، ( و ) شرطه ( هبته ، و ) شرطه ( متى شاء أبطله ونحوه لم يصح الوقف ) لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف ، ( ولو شرط البيع عند خرابه) أي الوقف، ( وصرف الثمن في مثله، أو شرطه للمتولي بعده ) وهو من ينظر في الوقف (فسد الشرط فقط ) وصح الوقف مع إلغاء الشرط ، كما في الشروط الفاسدة في البيع ، وهذا وجه حكاه الحارثي عن القاضي، وابن عقيل ، وحكي قبله عنهما، وعن ابن البناء وغيرهم : يبطل الوقف ، ثم قال بعد ذكر الوجه بصحة الوقف، وإلغاء الشرط ، ولا

يصح ، فإن إلغاء الشرط إبطال للعمل بموجبه ، والبيع عند الخراب ثابت ، والثابت اشتراطه تأكيد له .

**الشرط ( الخامس : أن يكون الواقف ممن صح تصرفه في ماله ، وهو المكلف الرشيد )** فلا يصح من صغير ، أو سفيه كسائر تصرفاته المالية . قال في الاختيارات : ويجوز للإنسان أن يتصرف فيما في يده بالوقف وغيره ، حتى تقوم بينة شرعية أنه ليس ملكاً له، لكن لا يحكم بالوقف حتى يثبت الملك .



## ( فصل في حكم الوقف على المبهم )[1]

وإذا كان الوقف على غير معين كالمساكين والغزاة والعلماء ، أو كان الوقف على ( من لا يتصور منه القبول كالمساجد، والقناطر ، لم يفتقر ) الوقف ( إلى القبول من ناظرها ) أي المساجد ونحوها ، ( ولا ) إلى القبول من ( غيره ) كنائب الإمام ، لأنه لو اشترط لامتنع صحة الوقف عليها ، ( وكذا إن كان ) الوقف ( على آدمي معين ) كزيد ، فلا يفتقر إلى قبوله ، لأنه إزالة ملك يمنع البيع ، فلم يعتبر فيه القبول كالعتق . والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين ، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب ، فصار كالوقف على الفقراء . قال ابن المنجا : وهذا الفرق موجود بعينه في الهبة . انتهى .

قلت : فيه نظر ، فإن الوقف يتلقاه كل بطن من واقفه ، والهبة تنتقل إلى الوارث من مورثه لا من الواهب ، ( ولا يبطل ) الوقف على معين ( برده كسكوته ) عن القبول والرد كالعتق ، ( ومن وقف شيئاً ) على أولاده ونحوهم ، ( فالأولى أن يذكر في مصرفه جهة تدوم كالفقراء ونحوهم ) خروجاً من خلاف من قال يبطل الوقف إن لم يذكر في مصرفه جهة تدوم ، ( فإن اقتصر ) الواقف على ( ذكر جهة تنقطع كأولاده ) لأنه بحكم العادة يمكن انقراضهم ( صح ) الوقف ، لأنه معلوم المصرف ، فيصح كما لو صرح بمصرفه ، ( ويصرف ) وقف ( منقطع الابتداء كوقفه على من لا يجوز ) الوقف عليه كعبد ، ( ثم على من يجوز ) كعلي أولاده ، وأولاد زيد ، أو الفقراء إلى من بعده في الحال ، ( أو الوسط ) أي ويصرف منقطع الوسط ( في الحال ) بعد من يجوز الوقف عليه ( إلى من بعده ) فلو وقف داره على زيد ثم على عبده ثم على المساكين ، صرفت بعد زيد للمساكين، لأن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه ، فيكون كأنه وقف على

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ ، وإنما هو لزيادة بيان .

الجهة الصحيحة من غير ذكر الباطلة ، ولأننا لما صححنا الوقف مع ذكر من لا يجوز الوقف عليه فقد ألغيناه ، فإنه يتعذر التصحيح مع اعتباره ، ( وإن وقف على من لا يصح الوقف عليه ولم يذكر له مآلاً صحيحاً ) كأن يقول : وقفته على الأغنياء، أو الذميين، أو الكنيسة ونحوها ( بطل الوقف ) لأنه عين المصرف الباطل ، واقتصر عليه ، ( ويصرف منقطع الآخر كما لو وقف على جهة تنقطع ) كأولاده ، ( ولم يذكر له مآلاً ) إلى ورثة الواقف نسباً بعد من عينهم ، ( أو ) وقف ( على من يجوز ) الوقف عليه كأولاده ، ( ثم على من لا يجوز ) أي يصح الوقف عليه ككنيسة ، فيصرف إلى ورثة الواقف نسباً بعد من يجوز الوقف عليه ، ( وكذا ما وقفه وسكت إن قلنا يصح ) الوقف حينئذ ، فإنه يصرف (إلى ورثة الواقف ) حين الانقراض ، كما يعلم من الرعاية ( نسباً ) لأن الوقف مصرفه البر ، وأقاربه أولى الناس ببره ، لقوله ﷺ : « إِنَّكَ إِنْ تَدَعْ وَرَثَتَكَ أَغنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَفُونَ النَّاسَ » (١) ، ولأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات ، فكذا صدقته المنقولة ، ولأن الإطلاق إذا كان له عرف صح وصرف إليه ، وعرف المصرف هنا أولى الجهات به ، فكأنه عينهم لصرفه ، بخلاف ما إذا عين جهة باطلة كقوله : وقفت على الكنيسة ، ولم يذكر بعدها جهة صحيحة ، فإنه عين المصرف واقتصر عليه ( غنيهم وفقيرهم ) أي ورثته لاستوائهم في القرابة ( بعد انقراض من يجوز الوقف عليه ) إن كان، ويكون ( وقفاً عليهم ) لأن الملك زال عنه بالوقف ، فلا يعود ملكاً لهم ، ويقسم بينهم ( على قدر إرثهم ) من الواقف ( فيستحقونه كالميراث ، ويقع الحجب بينهم ) كالميراث . وعلم منه : أنه لا يصرف منه لمن يرثه بنكاح أو ولاء ، (فلبنت مع ابن الثلث ) وله الباقي ، ( ولأخ من أم مع أخ لأب السدس ) وله الباقي (وجد) وأخ (لأبوين، أو لأب يقتسمان ) ربع الوقف المذكور ( نصفين ) كالميراث ، (وأخ) لغير أم (وعم ) لغير أم ( ينفرد به الأخ ، وعم ) لغير أم ، ( وابن عم ينفرد به العم ) كالميراث، ( فإن لم يكن له ) أي الواقف ( أقارب ) فللفقراء ( أو كان له ) ، (فانقرضوا، فـ) صرف وقفه ( للفقراء المساكين وقفاً عليهم ) لأن القصد بالوقف الثواب الجار على وجه الدوام ، وإنما قدموا الأقارب على المساكين لكونهم أولى ، فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك ، ( وإن انقطعت الجهة الموقوف عليها في حياة الواقف ) بأن وقف على أولاده، أو أولاد زيد فقط، فانقرضوا في حياته ( رجع ) الوقف ( إليه ) أي الواقف ( وقفا عليه ) قال ابن الزغواني في الواضح : الخلاف في الرجوع إلى الأقارب، أو إلى بيت المال، أو إلى المساكين مختص بما إذا مات الواقف ، أما إن كان حياً فانقطعت الجهة

---

(١) الحديث متفق عليه ، وسبق تخريجه في عدة مواضع .

فهل يعود الوقف إلى ملكه، أو إلى عصبته ؟ فيه روايتان . انتهى ، وجزم ابن عقيل في المفردات بدخوله ، وكذلك لو وقف على أولاده وأنسابهم أبداً على أنه من توفي منهم عن غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه ، فتوفى أحد أولاده عن غير ولد والأب الواقف حي ، فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب الناس إليه أو لا ؟ يخرج على ما قبلها، والمسألة ملتفتة إلى دخول المخاطب في خطابه ، قاله ابن رجب .

( ويعمل في ) وقف ( صحيح الوسط فقط ) بأن وقف داره على عبده ثم على زيد ثم على الكنيسة ( بالاعتبارين ) فيصرف في الحال لزيد ، ويرجع بعده إلى ورثة الواقف نسباً وقفاً على قدر إرثهم ثم المساكين ، ( وإن قال : وقفته ) أي العبد، أو الدار، أو البستان ونحوه ( سنة ) لم يصح ، ( أو ) قال : وقفته ( إلى سنة ) لم يصح ( أو ) قال : وقفته ( إلى يوم يقدم الحاج ونحوه ) أي نحو ما ذكر مما فيه تأقيت الوقف ( لم يصح ) الوقف لأن مقتضاه التأبيد والتأقيت ينافيه ، ( وهو ) أي الوقف المذكور ( الوقت المؤقت، وإن قال ) : وقفت داري مثلاً ( على أولادي سنة، أو مدة حياتي ثم على الفقراء، صح) الوقف لاتصاله ابتداء وانتهاء ، وكذا لو وقفه على ولده سنة، ثم على زيد سنة، ثم على عمرو سنة، ثم على المساكين ، ( وإن قال ) : وقفت ( على الفقراء ثم على أولادي ، صح للفقراء فقط ) ، لأن « ثم » للترتيب ، فلا يصرف لأولاده إلا بعد انقراض الفقراء والعادة لم تجر بانقراضهم ، ( ولا يشترط للزومه ) أي الوقف ( إخراجه ) أي الموقوف (عن يده ) أي الواقف ، ( بل يلزم ) الوقف ( بمجرد اللفظ ، ويزول ملكه عنه ) لحديث عمر السابق ، ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة ، فيلزم بمجرده كالعتق . وعلم من كلامه : أن إخراجه عن يده ليس شرطاً في صحته بطريق الأولى .

★ ★ ★

## ( فصل في زوال ملك الواقف )

يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة بمجرد الوقف ، ( وينتقل الملك فيها إلى الله تعالى إن كان الوقف على مسجد ونحوه ) كمدرسة ، ورباط ، وقنطرة ، وخانكاه ، وفقراء ، وغزاة وما أشبه ذلك ، وكذا بقاع المساجد ، والمدارس ، والقناطر ، والسقايات وما أشبهها . قال الحارثي : بلا خلاف .

( و ) ينتقل الملك في العين الموقوفة ( إلى الموقوف عليه ) تلك العين ( إن كان ) الموقوف عليه ( آدمياً معيناً ) كزيد وعمرو ، ( أو ) كان ( جمعاً محصوراً ) كأولاده ، أو أولاد زيد ، لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة ، فملكه المنتقل إليه كالهبة ، وفارق

العتق من حيث إنه إخراج عن حكم المالية ، ولأنه لو كان تمليكاً للمنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ، وقول أحمد فيمن وقف على ورثته في مرضه : يجوز لأنه لا يباع ولا يورث ، ولا يصير ملكاً للورثة : يحتمل أنه أراد أنهم لا يملكون التصرف في الرقبة جمعاً بين قوليه . لا يقال : عدم ملكه التصرف فيها يدل على عدم ملكه لها ، لأنه ليس بلازم بدليل أم الولد ، فإنه يملكها ، ولا يملك التصرف في رقبتها ، ( فينظر فيه ) أي الوقف ( هو ) أي الموقوف عليه إن كان مكلفاً رشيداً ، ( أو ينظر ) فيه ( وليه ) إن كان الموقوف عليه صغيراً، أو مجنوناً، أو سفيهاً ( بشرطه ) الآتي في الكلام على الناظر . وقال ابن أبي موسى : ينظر فيه الحاكم . قال الحارثي : وإن قلنا : ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتي بعده ، ( وله ) أي الموقوف عليه ( تزويج الأمة ) الموقوفة ( إن لم يشترطه) الواقف ( لغيره ) بأن وقف الأمة على زيد وشرط تزويجها لعمرو ، فيعمل بشرطه ، (ويلزمه ) أي الموقوف عليه ، أو من شرطه الواقف له تزويج الأمة الموقوفة أن يزوجها (بطلبها ) كغير الموقوفة ، لأنه حق لها طلبته فتعينت الإجابة ، و( يأخذ ) الموقوف عليه ( المهر ) إن زوجت ، أو وطئت بشبهة ، أو زنا ، لأنه بدل المنفعة وهو يستحقها كالأجرة ، والصوف ، واللبن ، والثمرة ، ( ولا يتزوجها ) أي لا يتزوج الموقوف عليه الأمة الموقوفة عليه، ولو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح لوجود الملك ، ( ولا يعتقه ) أي لا يصح من الموقوف عليه عتق الرقيق الموقوف بحال ، ( فإن أعتقه لم ينفذ ) عتقه ، لأنه تعلق به حق من يؤول الوقف إليه ، ولأن الوقف عقد لازم لا يمكن إبطاله . وفي القول بنفوذ عتقه إبطال له .

فـ ( إن كان ) العبد ( نصفه وقفاً ونصفه طلقاً ) خالصاً ( فأعتق صاحب الطلق ) نصيبه منه عتق ، و( لم يسر عتقه إلى الواقف ) لأنه إذا لم يعتق بالمباشرة ، فلأن لا يعتق بالسراية أولى . وعلم منه : أن الواقف لا يسري إلى باقي العبد ، وكذلك لا يصح عتق الواقف ولا الحاكم للموقوف ، ( و ) يجب ( عليه ) أي الموقوف عليه (فطرته) أي الرقيق الموقوف عليه ، لأنه ملكه وكنفقته . وأما إذا اشترى عبداً من غلة الوقف لخدمة الوقف ، فإن الفطرة تجب قولاً واحداً لتمام التصرف فيه ، قاله أبو المعالي .

( و ) تجب عليه أيضاً ( زكاته ) أي الموقوف ( كالماشية ) بأن كان إبلاً، أو بقراً، أو غنماً سائمة وحال عليها الحول ، وتقدم في الزكاة ، وكذا الشجر الموقوف تجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً ، ( و ) على الموقوف عليه ( نفقته ) أي الحيوان الموقوف ، لأنه ملكه ( إن لم يكن له كسب ) فإن كان أنفق عليه منه ، ( ويقطع سارق الوقف ) إن كان على معين ، ( و ) يقطع أيضاً ( سارق نمائه إذا كان الوقف على معين )

ولا شبهة للسارق ، بخلاف الوقف على غير معين ، ( ويملك الموقوف عليه نفعه ) أي الوقف ، ( و ) يملك ( صوفه ونحوه ) كوبره، وشعره، وبيضه ، ( و ) يملك ( غلته، وكسبه، ولبنه، وثمرته ) بغير خلاف نعلمه، لأنه نماء ملكه ، قاله في الشرح ، فيستوفيه بنفسه وبالإجارة، والإعارة ونحوها إلا أن يعين في الوقف غير ذلك ، قاله في المبدع .

( وليس له ) أي الموقوف عليه ( وطء الأمة ولو أذن فيه الواقف ) لأن ملكه ناقص ، ولا يمكنه منع حبلها فتنقص، أو تتلف، أو تخرج من الوقف بأن تبقى أم ولد ، ( فإن وطئها ) أي وطيء الموقوف عليه الموقوف ، ( فلا حد ) عليه للشبهة ، ( ولا مهر ) عليه لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب للإنسان شيء على نفسه ، ( و ) إن ولدت فـ (ولده حر ) لأنه من وطء شبهة ، ( وعليه ) أي الواطيء ( قيمته يوم الوضع يشتري بها قن يقوم مقامه ) لأنه فوت رقه ، ولأن القيمة بدل عن الوقف ، فوجب أن ترد في مثله ، ( وتصير ) الموقوفة ( أم ولده ) لأنه أحبلها بحر في ملكه ( وتعتق بموته ) كسائر أمهات الأولاد ، ( وتجب قيمتها في تركته ) إن كانت ، لأنه أتلفها على من بعده من البطون (يشتري بها مثلها ) لينجبر على البطن الثاني ما فاتهم ، ( فتكون ) المشتراة ( وقفاً بمجرد الشراء ) كبدل أضحية ، ( وله ) أي الموقوف عليه ( تملك زرع غاصب ) للأرض الموقوفة إذا زرعها، وأدركه الموقوف عليه ( بالنفقة ) أي مثل البذر وعوض اللواحق ، ( حيث يتملك رب الأرض ) بأن كان قبل الحصاد ، ( ويتلقاه ) أي الوقف ( البطن الثاني ) من الموقوف عليهم من الواقف ، ( و ) يتلقاه ( من بعده ) كالبطن الثالث والرابع ، وهلم جرا ( من أهل الوقف من الواقف من البطن الذي قبله ) لأن الوقف صادر على جميع أهل الوقف من حينه . فمن وقف شيئاً على أولاده ثم أولادهم ما تناسلوا ، كان الوقف على جميع نسله إلا أن استحقاق كل بطن مشروط بانقراض من فوقها ، ( فإذا امتنع البطن الأول ) والثاني، أو من بعده ( من اليمين مع شاهده ) بالوقف ( لإثبات الوقف فلمن بعدهم ) من البطون ممن لم يؤول الوقف إليه إذن ( الحلف ) مع الشاهد لثبوت الوقف ، لأنهم من جملة الموقوف عليهم ، ( وإذا وطيء ) الأمة الموقوفة ( أجنبي ) أي غير الموقوف عليه ، ( ولو عَبْداً بشبهة يظنها حرة ) أو أمته ، ( فإن أولدها فهو ) أي ولده (حر) لاعتقاد الواطيء الإباحة وحريته ، ( وعليه ) أي الواطيء ( المهر لأهل الوقف) لأن منفعة البضع لهم والمهر بدلها ، ( و ) على الواطيء أيضاً ( قيمة الولد ) يوم وضعه ( تصرف في مثله ) لأنها بدل عن الوقف . فوجب أن ترد في مثله ، وإن وطئها الواقف وجب المهر للموقوف عليه كيف كان ، ووجب الحد ، والولد رقيق ما لم نقل ببقاء ملكه، ذكره الحارثي . قلت : الظاهر عدم وجوب الحد ، لشبهة الخلاف في بقاء ملكه .

( وإن كلن ) ولد الموقوفة ( من زوج، أو زنا فهو وقف معها ) تبعا لأمه ، ( وإن تلفت) الموقوفة ( به ) أي بالوطء ، ( أو أتلفها متلف ولو من أهل الوقف ، أو ) أتلف (بعضها) أي الموقوفة ( كقطع طرف ) وإذهاب منفعة ( فعليه القيمة ) أي قيمتها إن أتلفها وإن أتلف بعضها ، فعلى ما يأتي تفصيله في الجنايات ( يشترى بها مثله ) لأنها بدل عنها ، ( أو ) يشتري بها ( شقص ) من رقيق إن لم يمكن شراؤه كله ( يكون ) المثل أو الشقص ( وقفاً بمجرد الشراء ) كبدل أضحية ، ( ويأتي ، وإن قتل ) رقيق موقوف عبداً كان أو أمة ، ( ولو ) كان القتل ( عمداً فليس له ) أي الموقوف عليه ( عفو ) مجاناً ، (ولا قود ) لأنه لا يختص بالموقوف ، فهو كعبد مشترك ، ( بل يشتري بقيمته ) أي الموقوف إذا قتل ( بدله ) أي مثله . قال الحارثي : اعتبار المثلية في المبدل المشتري بمعنى وجوب الذكر في الذكر، والأنثى في الأنثى، والكبير في الكبير وسائر الأوصاف التي تتفاوت الأعيان بتفاوتها ، لا سيما الصناعة المقصودة في الوقف والدليل على الاعتبار ؛ أن الغرض جبران ما فات ، ولا يحصل بدون ذلك ، ( فإن قطعت يده ) أي الموقوف ، ( أو ) قطع ( بعض أطرافه عمداً ، فللقن ) الموقوف ( استيفاء القصاص لأنه حق ) لا يشركه فيه أحد ، ( وإن عفا ) الرقيق الموقوف عن الجناية عليه ، ( أو كان القطع ) ، أو الجرح ( لا يوجب القصاص ) لعدم المكافأة ، أو لكونه خطأ أو جائفة ونحوه ، ( وجب نصف قيمته ) فيما إذا كان المقطوع يداً ، أو رجلاً ، أو نحوهما مما فيه نصف الدية ، وإلا فبحسابه على ما يأتي في الجنايات مفصلاً ، ويشتري بالأرش مثله أو شقص بدله ، (وإن جنى الوقف خطأ فالأرش على موقوف عليه إن كان ) الموقوف عليه ( معيناً ) كسيد أم الولد ، ( ولم يتعلق ) الأرش ( برقبته ) أي الموقوف لأنه لا يمكن تسليمه ( كأم الولد ولم يلزم الموقوف عليه أكثر من قيمته ) أي الموقوف ( كأم الولد ) فيلزم أقل الأمرين من القيمة، أو أرش الجناية ، ( وإن كان ) الموقوف عليه ( غير معين ، كـ ) العبد الموقوف (على المساكين إذا جنى ، فـ ) أرش جنايته ( في كسبه ) لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه ، ولا يمكن تعلقها برقبته فتعين في كسبه ، ( وإن جنى ) الموقوف (جناية توجب القصاص وجب ) القصاص ، لعموم : ﴿ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ [1] الآية .

( فإن قتل بطل الوقف ) كما لو مات حتف أنفه ، وإن عفا مستحقه فعلى ما سبق من التفصيل في الأرش ، ( وإن وقف على ثلاثة ) كزيد وعمرو وبكر ، ( ثم على المساكين، فمن مات منهم رجع نصيبه إلى من بقي ) منهم ، لأنه الموقوف عليه أولاً ،

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٤٥ .

وعوده إلى المساكين مشروط بانقراضهم ، إذ استحقاق المساكين مرتب بثم ، ( فإذا ماتوا) أي الثلاثة ، ( فللمساكين ) عملاً بشرطه ، ( وإن وقف على ثلاث ) كزيد وعمرو وبكر، ( ولم يذكر له مآلاً فمن مات منهم ) أي الثلاثة ، ( فحكم نصيبه حكم المنقطع كما لو ماتوا جميعاً ) قاله الحارثي . قال : وعلى ما في الكتاب - أي المقنع - يصرف إلى من بقي . انتهى . وقد قوى الحارثي ما ذكر في الكتاب سابقاً ، فعلى هذا يكون كلام الحارثي موافقاً لما في القواعد ، واختار الثاني في القواعد . قال في المبدع : وهو أظهر . قال في التنقيح : وهو قوي ، وجزم به في المنتهى .

( وإن قال : وقفته ) أي العبد ، أو الدار ، أو الكتاب ونحوه ( على أولادي وعلى المساكين ، فهو بين الجهتين نصفين ) يصرف لأولاده النصف ، وللمساكين النصف (لاقتضاء الإضافة التسوية ) مع انتفاء مقتضى التفاوت .

★ ★ ★

## فصـــل

ويرجع -بالبناء للمفعول- عند التنازع في شيء من أمر الوقف ( إلى شرط واقف ) كقوله: شرطت لزيد كذا ، ولعمرو كذا ، لأن عمر شرط في وقفه شروطاً ولو لم يجب اتباع شرطه لم يكن في اشتراطه فائدة ، ولأن ابن الزبير وقف على ولده : «وَجَعَلَ لِلْمَرْدُودَةِ مِنْ بَنَاتِهِ أَنْ تَسْكُنَ غَيْرَ مُضِرَّةٍ وَلا مُضَرٌّ بِهَا ، فَإِذَا اسْتَغْنَتْ بِزَوْجٍ فَلا حَقَّ لَهَا فِيهِ » ، ولأن الوقف متلقى من جهته فاتبع شرطه ، ونصه كنص الشارع .

( فلو تعقب ) الشرط ونحوه ( جملاً عاد ) الشرط ونحوه ( إلى الكل ) أي إلى جميع الجمل ، وكذا الصفة إذا تعقبت جملاً عادت إلى الكل . قال في القواعد الأصولية : في عود الصفة للكل : لا فرق بين أن تكون متقدمة أو متأخرة . قال بعض المتأخرين : والمتوسطة المختار اختصاصها بما وليته . انتهى .

قلت : بل مقتضى ما ذكره المصنف عوده للكل . وقال الشيخ تقي الدين : موجب ما ذكره أصحابنا أي في عود الشرط ونحوه للكل : أنه لا فرق بين العطف بالواو ، أو بالفاء ، أو بثم على عموم كلامهم ، ( واستثناء كشرط ) فيرجع إليه ، فلو وقف على جماعة كأولاده، أو قبيلة كذا ، واستثنى زيداً لم يكن له شيء ، ( وكذا مخصص من صفة) كما لو وقف على أولاده الفقهاء، أو المشتغلين بالعلم ، فإنه يختص بهم فلا يشاركهم من سواهم ، ( و ) من ( عطف بيان ) لأنه يشبه الصفة في إيضاح متبوعه وعدم استقلاله ، فمن وقف عل ولد أبي عبد الله محمد ، وفي أولاده من كنيته أبو عبد

الله غيره ، اختص به محمد ، ( و ) من ( توكيد ) فلو وقف على أولاده بنفسه لم يدخل أولاد أولاده ، ( و ) من ( بدل ) كمن له أربعة أولاد ، وقال : وقفت على ولدي فلان وفلان وفلان، وأولاد أولادي ، فإن الوقف يكون على أولاده الثلاثة ، وأولاد الأربعة ، لأنه أبدل بعض الولد وهو فلان وفلان وفلان من اللفظ المتناول للجميع ، وهو ولدي ، فاختص البعض المبدل ، لأنه المقصود بالحكم ، كقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾ [1] لما خص المستطيع بالذكر اختص الحكم به ، ( ونحوه) كالغاية ، كعلي أولادي حتى يبلغوا ، والإشارة بلفظ « ذلك » والتمييز ( وجار ومجرور نحو ) وقفت هذا ( على أنه ) من اشتغل بالعلم من أولادي صرف إليه ، ( و ) كذا إن قال : وقفته ( بشرط أنه ) من تأدب بالآداب الشرعية صرف إليه ، ( ونحوه ) فيرجع إلى ذلك كله ، كالشرط ، ( ويجب العمل به ) أي الشرط ( في عدم إيجاره ) أي الوقف ، ( و ) في ( قدر المدة ) فإذا شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة لم تجز الزيادة عليها لكن عند الضرورة يزاد بحسبها ، ولم يزل عمل القضاة في عصرنا وقبله عليه ، بل نقل عن أبي العباس رحمه الله ، وهو داخل في قوله الآتي : والشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعي . وأفتى به شيخنا المرداوي ، ولم نزل نفتي به، إذ هو أولى من بيعه إذن . قال الحارثي : وعن بعضهم جواز الزيادة بحسب المصلحة وهو يحتاج عندي إلى تفصيل .

( و ) يرجع إلى شرط الواقف في ( قسمه ) أي الريع ( على الموقوف عليه ) بمعنى أنه يرجع إلى شرطه ( في تقدير الاستحقاق ) كعلى أن للأنثى سهماً ، وللذكر سهمين، أو بالعكس ، أو على أن للمؤذن كذا ، وللإمام كذا ، وللخطيب كذا ، وللمدرس كذا ونحوه ، ( و ) يرجع أيضاً إلى شرطه في ( تقديم ، كالبداءة ببعض أهل الوقف دون بعض ، نحو وقفت على زيد وعمرو وبكر ، ويبدأ بالدفع إلى زيد ، أو وقفت على طائفة كذا ، ويبدأ بالأصلح، أو الأفقه، أو نحوه ) فيرجع إلى زيد ، أو وقفت على طائفة كذا ، ويبدأ بالأصلح، أو الأفقه، أو نحوه ) فيرجع إلى ذلك ، ( و ) يرجع أيضاً إلى شرطه في ( تأخير ، وهو عكس التقديم ) كوقفت على زيد وعمرو وبكر ، ويؤخر زيد، أو وقفت على طائفة كذا ، ويؤخر بطيء الفهم ونحوه ، ( و ) يرجع أيضاً إلى شرطه في ( جمع ، كجعل الاستحقاق مشتركاً في حالة واحدة ) كأن يقف على أولاده وأولادهم ، ( و ) يرجع إلى شرطه أيضاً ( في ترتيب ، كجعل استحقاق بطن مرتباً

---

(١) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .

على آخر ) كأن يقف على أولاده ثم أولادهم ، ( فالتقديم بقاء أصل الاستحقاق للمؤخر على صفة أن له ما فضل ) عن المقدم ، ( وإلا ) بأن لم يفضل عن المقدم شيء ( سقط ) المؤخر ، ( والمراد إذا كان للمقدم شيء مقدر ) كمائة مثلاً ، ( فحينئذ إن كانت الغلة وافرة حصل بعده ) أي بعد المقدر للمقدم ( فضل ) فيأخذه المؤخر ، ( وإلا ) بأن كانت الغلة غير وافرة ، ( فلا ) يفضل بعده فضل ، فلا شيء للمؤخر ، ( والترتيب عدم استحقاق المؤخر مع وجود المقدم ) فضل عنه شيء أو لا ، ( و ) يرجع أيضاً إلى شرطه في ( تسوية ، كقوله الذكر والأنثى سواء ونحوه ، و) يرجع أيضاً إلى شرطه في (تفضيل كقوله للذكر مثل حظ الأنثيين ونحوه ) والتسوية والتفضيل هو معنى قوله : «في قسمه».

( ولو جهل شرط الواقف ) وأمكن التأنس بصرف من تقدم ممن يوثق به رجع إليه لأنه أرجح مما عداه . والظاهر صحة تصرفه ووقوعه على الوقف ، فإن تعذر وكان الوقف على عمار ، أو إصلاح صرف بقدر الحاجة ، قاله الحارثي ، وإن كان على قوم ( عمل بعادة جارية ) أي مستمرة إن كانت ، ( ثم ) عمل بـ ( عرف ) مستقر في الوقف ( في مقادير الصرف كفقهاء المدارس ) لأن الغالب وقوع الشرط على وفقه ، وأيضاً فالأصل عدم تقييد الواقف ، فيكون مطلقاً والمطلق منه يثبت له حكم العرف ، قاله الحارثي .

( ثم ) إن لم يكن عرف فـ ( التساوي ) فيسوى بينهم ، لأن التشريك ثابت والتفضيل لم يثبت ، فإن لم تعرف أرباب الوقف جعل كوقف مطلق لم يذكر مصرفه ، ذكره في التلخيص ، ( وإن شرط ) الواقف ( إخراج من شاء ) من أهل الوقف ( بصفة وإدخاله ) أي من شاء ( بصفة ، ومعناه ) أي الإخراج والإدخال بصفة ( جعل الاستحقاق ) عل وصف ( كالوقف ) على أولاده مثلاً ( بشرط كونهم فقراء، أو صلحاء وترتب الحرمان ) بالوصف ( أن يقول ) : هذا وقف على أولادي، أو أولاد زيد مثلاً ، (ومن فسق منهم، أو استغنى ونحوه ) كترك الاشتغال بالعلم، ( فلا شيء له ) صح على ما قال ، ( أو ) شرط الواقف ( إخراج من شاء من أهل الوقف، وإدخال من شاء منهم صح ) لأنه ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف ، وإنما علق الاستحقاق بصفته ، فكأنه جعل له حقاً في الوقف إذا اتصف بإرادته أعطاه ، ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه ، وليس هو تعليق للوقف بصفة ، بل وقف مطلق والاستحقاق له صفة.

« تنبيه » : ظاهر كلامه كالتنقيح والمنتهى : أنه لا فرق بين أن يشرط الواقف ذلك لنفسه، أو للناظر بعده ، وفرضها في الشرح، والفروع، والإنصاف فيما إذا شرطه للناظر بعده، لكن التعليل يقتضي التعميم . و( لا ) يصح الوقف إن شرط فيه ( إدخال من شاء من غيرهم ) أي أهل الوقف وإخراج من شاء منهم ، لأنه شرط ينافي مقتضى

الوقف فأفسده ، قاله الموفق ، ومن تابعه . وتقدمت الإشارة إلى الفرق بين هذه والتي قبلها في كلام المصنف ( كشرطه ) أي الواقف ( تغيير شرط ) فيفسد الوقف كما تقدم ، ( وكما لو شرط ) الواقف ( أن لا ينتفع ) الموقوف عليه ( به ) أي بالوقف فيفسد الوقف لمنافاة الشرط مقتضاه ، ( ولو وقف ) شيئاً ( على أولاده وشرط ) الواقف ( أن من تزوج من البنات فلا حق لها ) في الوقف صح لما تقدم عن ابن الزبير ، ( أو ) وقف ( على زوجته ما دامت عازبة صح ) على ما قال قياساً على التي قبلها ، ( ويأتي في الحضانة بأتم من هذا . قال الشيخ : كل متصرف بولاية إذا قيل يفعل ما يشاء ، فإنما هو إذا كان فعله لمصلحة شرعية حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه ) مطلقاً ، ( أو ) ما يراه مطلقاً فشرط باطل عل الصحيح المشهور ) لمخالفته الشرع . ( قال : وعلى الناظر بيان المصلحة) أي التثبت والتحري فيها بدليل قوله : ( فيعمل بما ظهر ) له أنه مصلحة ، ( ومع الاشتباه إن كان ) الناظر ( عالماً عادلاً ساغ له اجتهاده . وقال : لو شرط الصلوات الخمس على أهل مدرسة في القدس كان الأفضل لأهلها أن يصلوا في ) المسجد ( الأقصى الصلوات الخمس ، ولا يقف استحقاقهم على الصلاة في المدرسة ، وكان يفتى به ابن عبد السلام وغيره . انتهى ) ، وقال : إذا شرط في استحقاق ريع الوقف العزوبة ، فالمتأهل أحق من المتعزب إذا استويا في سائر الصفات . وقال : إذا وقف على الفقراء فأقارب الواقف الفقراء أحق من الفقراء الأجانب مع التساوي في الحاجة ، وإذا قدر وجود فقير مضطر كان دفع ضرورته واجباً ، وإذا لم تندفع ضرورته إلا بتشقيص كفاية أقارب الواقف من غير ضرورة تحصل لهم تعين ذلك ، ( وإن خصص ) الواقف ( المدرسة بأهل مذهب ) كالحنابلة ، أو الشافعية تخصصت ، ( أو ) خصص المدرسة بأهل ( بلد ، أو ) خصصها بـ ( قبيلة تخصصت ، وكذلك الرباط، والخانقاه كالمقبرة ) إذا خصصها بأهل مذهب، أو بلد، أو قبيلة تخصصت إعمالاً للشرط إلا أن يقع الاختصاص بنقله بدعة . قاله الحارثي . ( وأما المسجد فإن عين لإمامته ، أو ) عين لـ ( ـنظرة ، أو الخطابة ) فيه (شخصاً تعين ) فلا يصح تقرير غيره ، إعمالاً للشرط ، ( وإن خصص الإمامة ) في مسجد ، أو رباط ، أو مدرسة ، وفي نسخ ، أو الخطابة ( بمذهب تخصصت به ) لما تقدم ( ما لم يكن ) المشروط له الإمامة ( في شيء من أحكام الصلاة مخالفاً لصريح السنة ، أو ) مخالفاً لـ (ظاهرها ، سواء كان ) خلافه ( لعدم الاطلاع ) على السنة ( أو لـ ( تأويل ) ضعيف، إذ لا يجوز اشتراط مثل هذا ، قاله الحارثي .

( وإن خصص المصلين فيه ) أي المسجد ونحوه ( بمذهب لم يختص ) بهم ، لأن إثبات المسجدية تقتضي عدم الاختصاص ، كما في التحرير ، فاشتراط التخصيص ينافيه

(خلافاً لصاحب التلخيص ) ، حيث قال : تختص بهم على الأشبه ، لاختلاف المذاهب في أحكام الصلاة ، ويصير كما لو كان مدرسة أو رباطاً . ( قال الشيخ : قول الفقهاء نصوص الوقف كنصوص الشارع يعني في الفهم والدلالة لا في وجوب العمل ) وهذا مقابل لما تقدم ، فالصحيح أنه في وجوب العمل ( مع أن التحقيق أن لفظه ) أي الواقف (ولفظ الموصي، والحالف، والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها ، وافقت لغة العرب أو لغة الشارع أو لا . وقال : والشروط إنما يلزم الوفاء عليها إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعي ، ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود ) الشرعي ( بها . وقال : ومن شرط في القربات أن يقدم فيها الصنف المفضول فقد شرط خلاف شرط الله كشرطه في الإمامة ) تقديم ( غير الأعلم ، وقال : لا يجوز أن ينزل فاسق في جهة دينية كمدرسة وغيرها مطلقاً ) سواء شرطه الواقف أو لا ، ( لأنه يجب الإنكار وعقوبته ، فكيف ينزل ؟ وقال أيضاً : إن نزل مستحق تنزيلاً شرعياً لم يجز صرفه ) عما نزل فيه ( بلا موجب شرعي ) لأنه نقض للاجتهاد بالاجتهاد . ( وقال في واقف وقف مدرسة وشرط أن لا يصرف ريعها لمن له وظيفة بجامكية، ولا مرتب في جهة أخرى أي جامكية في مكان آخر : إن لم يكن في الشرط مقصود شرعي خالص، أو راجح كان ) الشرط ( باطلاً، كما لو شرط علهيم نوعاً من المطعم، والملبس، والمسكن الذي لم تستحبه الشريعة ، ولا يمنعهم الناظر من تناول كفايتهم من جهة أخرى ) هم (مرتبون فيها ، وليس هذا إبطالاً للشرط ، لكنه ترك للعمل به . انتهى . وإن شرط ) الواقف ( أن لا ينزل ) في وقفه ( فاسق، ولا شرير، ولا متجوه ونحوهم ) كمبتدع (عمل به) أي الشرط وجوباً . ( قال الشيخ : الجهات الدينية مثل الخوانك، والمدارس وغيرها لا يجوز أن ينزل فيها فاسق ، سواء كان فسقه بظلمه الخلق وتعديه عليهم بقوله وفعله ) من نحو سب، أو ضرب ، ( أو ) كان ( فسقه بتعديه حدود الله ، يعني ولو لم يشرطه الواقف ) وتقدم معناه قريباً ، ( وهو ) أي ما قاله الشيخ ( صحيح ) موافق للقواعد . قال الحارثي : الشرط المباح الذي لا يظهر قصد القربة منه ، هل يجب اعتباره؟ ظاهر كلام الأصحاب : والمعروف عن المذهب الوجوب ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة وغيرهم . واستدل له إلى أن قال : ولا يلزم من انتفاء جعل المباح جهة للوقف انتفاء جعله شرطاً فيه ، لأن جعله أصلاً في الجهة مخل بالمقصود وهو القربة ، وجعله شرطاً لا يخل به ، فإن الشرط إنما يفيد تخصيص البعض بالعطية ، وذلك لا يرفع أصل القربة . وأيضاً فإنه من قبيل التوابع ، والشيء قد يثبت له حال تبقيته ما لا يثبت له حال أصالته . (وقال) الشيخ : ( لو حكم حاكم بمحضر لوقف فيه شروط ثم ظهر كتاب

الوقف غير ثابت وجب ثبوته .. والعمل به إن أمكن ) إثباته . ( وقال أيضاً : لو أقر الموقوف عليه أنه لا يستحق في هذا الوقف إلا مقداراً معلوماً ، ثم ظهر شرط الواقف بأنه مستحق أكثر) مما قال ( حكم له بمقتضى شرط الواقف ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم . انتهى ) لأنه معذور بعدم علمه إياه . وقوله : ثم ظهر له شرط الواقف . . . إلخ ، يفهم منه : أنه لو كان عالماً بشرط الواقف ، وأقر بأنه لا يستحق إلا كذا ، كذا يؤاخذ بإقراره لأنه لا عذر له، فإن انتقل استحقاقه بعده لولده مثلاً ، فله الطلب بما في شرط الواقف من حين الانتقال إليه ، لأن إقراره لا يسري على ولده ، وذكر التاج السبكي الشافعي في كتابه الأشباه والنظائر : الصواب أنه لا يؤاخذ ، سواء علم شرط الواقف ، وكذا في إقراره أم لم يعلم ، فإن ثبوت هذا الحق له لا ينتقل بكذبه . انتهى . قال المحب بن نصر الله : ومما يؤيده أن شرط صحة الإقرار كون المقر يملك نقل الملك في العين التي يقربها ومستحق الوقف لا يملك ذلك في الوقف ، فلا يملك الإقرار به ، ولا يملك نقل الملك في ريعه إلا بعد حصوله في يده فلا يملك الإقرار به ، ولا يملك نقل الملك في ريعه إلا بعد حصوله في يده فلا يملك الإقرار به قبل قبضه ، أو جواز بيعه ، ولا يصح منه ، ولو صح الإقرار بالريع قبل ملك المستحق له لاتخذ ذلك وسيلة إلى إيجاره مدة مجهولة بأن يأخذ المستحق عوضاً من شخص عن ريعه ، أو عن رقبته ، ويقر له به فيستحقه مدة حياة المقر ، أو مدة استحقاق المقر ، فلا يجوز اعتبار إقرار المستحق بالوقف ولا بريعه إلا بشرط ملكه للريع ، ولم أزل أفتي بهذا قديماً وحديثاً من غير أن أكون قد وقفت على كلام قاضي القضاة تاج الدين ، ولا رأيت فيه كلاماً لغيره ، ولكني قلته تفقهاً ولا أظن من له نظر تام في الفقه يقول بخلاف ذلك ، والله أعلم .

( ولو سبَّل ماء للشرب لم يجز الوضوء منه ولا الغسل ) ولا إزالة النجاسة ونحوها ، لأنه لو لم يجب اتباع تعيينه لم يكن له فائدة . ( قال في الفروع : فشرب ماء موقوف للوضوء يتوجه عليه وأولى ) ، وقال الآجري في الفرس الحبيس : لا يعيره ولا يؤجره إلا لنفع الفرس ، ولا ينبغي أن يركبه في حاجته إلا لتأديبه ، وجمال للمسلمين ورفعة لهم، أو غيظة للعدو ، وسئل عن التعليم بسهام الغزو ؟ فقال : هو منفعة للمسلمين ، ثم قال : أخاف أن تكسر ، ولا يجوز إخراج حصر المسجد ونحوها لمنتظر جنازة أو غيره، ( ويجوز للأغنياء الشرب من الماء الذي يسقى في السبيل ) لأن العادة لم تجر بتخصيصه بالفقراء ، ( ويجوز ركوب الدابة ) الحبيس ( لسقيها ، وعلفها ) ونحوها مما فيه منفعة للفرس ، أو المسلمين على ما سبق عن الآجري .



## فصـــل

ويرجع إلى شرطه ، أي الواقف أيضاً في الناظر فيه ، أي الوقف سواء شرطه لنفسه أو للموقوف عليه، أو لغيرهما إما بالتعيين ، كفلان، أو بالوصف كالأرشد، أو الأعلم، أو الأكبر ، أو من هو بصفة كذا ، فمن وجد فيه الشرط ثبت له النظر عملاً بالشرط . وفي وقف عليّ رضي الله عنه شرط النظر لابنه الحسن، ثم لابنه الحسين رضي الله عنهما، (و) يرجع أيضاً إلى شرطه في ( الإنفاق عليه ) إذا كان حيواناً، أو غيره وخرب ، بأن يقول ينفق : عليه أو يعمر من جهة كذا ، ( و ) يرجع أيضاً إلى شرطه في سائر (أحواله ) لأنه ثبت بوقفه ، فوجب أن يتبع فيه شرطه ، ( فإن عين ) الواقف ( الإنفاق عليه من غلته ، أو ) من ( غيرها عمل به ) رجوعاً إلى شرطه ، ( وإن لم يعينه ) أي الإنفاق عليه واقف ، ( وكان ) الموقوف ( ذا روح ) كالرقيق والخيل ، ( فـ ) إنه ينفق عليه ( من غلته ) لأن الوقف يقتضي تحبيس الأصل، وتسبيل منفعته ، ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق عليه ، فكان ذلك من ضرورته ، ( فإن لم يكن له ) أي الموقوف ( غلة ) لضعف به ونحوه ، ( فـ ) نفقته ( على الموقوف عليه المعين ) لأنه ملكه ، ( فإن تعذر ) الإنفاق من الموقوف عليه لعجزه، أو غيبته ونحوهما ( بيع ) الوقف ( وصرف ) ثمنه (في عين أخرى تكون وقفاً لمحل الضرورة ) أي لأجل حلول الضرورة إن لم تمكن إجارته، فإن أمكنت أجر بقدر نفقته ، لاندفاع الضرورة المقتضية البيع بها .

( فإن عدم الغلة لكونه ليس من شأنه أن يؤجر كالعبد ) الموقوف عليه لـ ( يخدمه والفرس يغزو عليه و يركبه ، أوجر بقدر نفقته ) دفعاً للضرورة ، ( وكذا لو احتاج خان مسبل ) إلى مرمة ، ( أو ) احتاجت ( دار موقوفة لسكنى الحاج، أو الغزاة ) أو أبناء السبيل ونحوهم ( إلى مرمة ) أي إصلاح ( أو جر منه بقدر ذلك ) أي ما يحتاج إليه في مرمته لمحل الضرورة ، ( وإن كان الوقف على غير معين كالمساكين ونحوهم ) كالفقهاء ، ( فنفقته ) أي الموقوف ( في بيت المال ) لانتفاء المالك المعين فيه ، فهو كالحر ، ( فإن تعذر ) الإنفاق عليه من بيت المال ( بيع كما تقدم ) في الموقوف على معين ، ( وإن مات العبد ) الموقوف ( فمؤنة تجهيزه على ما قلنا في نفقته على ما تقدم ) تفصيله ، ( وإن كان) الوقف ( ما لا روح فيه كالعقار ونحوه ) من سلاح، ومتاع، وكتب ( لم تجب عمارته على أحد إلا بشرط ) واقف عمارته ( كالطلق ) ذكره الحارثي وغيره ، مع أنه قال بعد في عمارة الوقف : تجب إبقاء للأصل ، ليحصل دوام الصدقة ، وهو معنى قول الشيخ تقي الدين : تجب عمارة الوقف بحسب البطون ، ( فإن شرط الواقف عمارته

عمل به ) أي الشرط ( مطلقاً ) أي سواء شرط البداءة بالعمارة، أو تأخيرها ، فيعمل بما شرط ، لكن إن شرط تقديم الجهة عمل به ، قال الحارثي : ما لم يؤد إلى التعطل ، فإذا أدى إليه قدمت العمارة حفظاً لأصل الوقف ، وقال : اشتراط الصرف إلى الجهة في كل شهر كذا في معنى اشتراط تقديمه على العمارة ( مع الإطلاق ) أي إطلاق الواقف شرط العمارة بأن لم يذكر البداءة بها، ولا تأخرها ( تقدم ) العمارة ( على أرباب الوظائف ) قال في التنقيح: ما لم يفض إلى تعطيل مصالحه ، فيجمع بينهما حسب الإمكان . ( وقال الشيخ : الجمع بينهما حسب الإمكان أولى ) بل ، قد يجب ( وللناظر الاستدانة على الوقف بلا إذن حاكم ) كسائر تصرفاته ( لمصلحة ، كشرائه للوقف نسيئة، أو بنقد لم يعينه ) لأن الناظر مؤتمن مطلق التصرف ، فالإذن والائتمان ثابتان ، (ويتعين صرف الوقف إلى الجهة التي عينها الواقف ) حيث أمكن ، لأن تعيين الواقف لها صرف عما سواها ، ( ويجوز صرف الموقوف على بناء المسجد لبناء منارته، وإصلاحها ، وبناء منبره وأن يشتري منه سلم للسطح ، وأن يبني منه ظلة ) لأن ذلك من حقوقه ومصالحه، (ولا يجوز ) صرف الموقوف على بناء مسجد ( في بناء مرحاض ) وهو بيت الخلاء وجمعه مراحيض لمنافاته المسجد وإن ارتفق به أهله ، ( و ) لا يجوز صرفه أيضاً في (زخرفة مسجد ) بالذهب ، أو الأصباغ ، لأنه منهي عنه ، وليس ببناء ، بل لو شرط لما صح ، لأنه ليس قربة ولا داخلاً في قسم المباح ، ( ولا في شراء مكانس ومجارف ) لأنه ليس بناء ولا سبباً له ، فانتفى دخوله في الموقوف عليه .

( قال الحارثي : وإن وقف على مسجد أو مصالحه جاز صرفه في نوع العمارة وفي مكانس ) وحصر ( ومجارف مساحي وقناديل ووقود ) -بفتح الواو- كزيت ( ورزق أمام ومؤذن ، وقيم ) لدخول ذلك كله في مصالح المسجد وضعاً أو عرفاً . انتهى بالمعنى .

( وفي فتاوي الشيخ : إذا وقف على مصالح الحرم وعمارته فالقائمون بالوظائف التي يحتاج إليها المسجد من التنظيف ، والحفظ ، والفرش ، وفتح الأبواب ، وإغلاقها ونحو ذلك يجوز الصرف إليهم ، وما يأخذ الفقهاء من الوقف كرزق من بيت المال لا كجعل ولا كأجرة في أصحها ) أي الأقوال الثلاثة ، قاله في التنقيح .

ولذلك لا يشترط العلم بالقدر ، وينبنى على هذا : أن القائل بالمنع من أخذ الأجرة على نوع القرب لا يمنع من أخذ المشروط في الوقف ، قاله الحارثي في الناظر . وقال الشيخ تقي الدين : وما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة ، بل رزق للإعانة على الطاعة ، ( وكذلك المال الموقوف على أعمال البر والموصي به ، أو المنذور ) له ليس كالأجرة والجعل . انتهى ، وقال القاضي في خلافه : ولا يقال : إن منّا من يؤخذ أجرة

عن عمل كالتدريس ونحوه ، لأنا نقول أولاً : لا نسلم أن ذلك أجرة محضة ، بل هو رزق وإعانة على العلم بهذه الأموال . انتهى . قال في شرح المنتهي : وعلى الأقوال ، حيث كان الاستحقاق بشرط ، فلا بد من وجوده . انتهى . يعني إذا لم يكن الوقف من بيت المال ، فإن كان منه كأوقاف السلاطين من بيت المال ، فليس بوقف حقيقي ، بل كل من جاز له الأكل من بيت المال جاز له الأكل منها كما أفتى به صاحب المنتهى موافقة للشيخ الرملي وغيره في وقف جامع طولون ونحوه .

( وقال ) الشيخ ( أيضاً : من أكل المال بالباطل قوم لهم رواتب أضعاف حاجاتهم ) أي من بيت المال ، ( وقوم لهم جهات معلومها كثير يأخذونه ويستنيبون ) في الجهات (بيسير) من المعلوم ، لأن هذا خلاف غرض الواقفين . ( قال ) الشيخ : ( والنيابة في مثل هذه الأعمال المشروطة ) من تدريس، وإمامة، وخطابة، وأذان، وغلق باب ونحوهما (جائزة ولو عينه الواقف) وفي عبارة أخرى له : ولو نهى الواقف عنه ، ( إذا كان النائب مثل مستنيبه ) في كونه أهلاً لما استنيب فيه ، ( وقد يكون ) هكذا في الفروع والاختيارات . قال ابن عقيل : صوابه إذا لم يكن ( في ذلك مفسدة راجحة ) هكذا هو في فتاوي الشيخ . انتهى . وكذا ذكر معناه في تصحيح الفروع ، وجواز الاستنابة في هذه الأعمال ( كالأعمال المشروطة في الأجارة على عمل في الذمة ) كخياطة الثوب ، وبناء الحائط .

★ ★ ★



فإن لم يشترط الواقف ناظر وشرطه أي النظر ( لإنسان فمات ) المشروط له ، (فليس للواقف ولاية النصب ) أي نصب ناظر لانتفاء ملكه ، فلا يملك النصب ولا العزل كما في الأجنبي ، ( ويكون النظر للموقوف عليه إن كان ) الموقوف عليه ( آدمياً معيناً ) كزيد ( أو جمعاً محصوراً ) كأولاده أو أولاد زيد ( كل واحد ) منهم ينظر ( على حصته ) كالملك المطلق ، عدلاً كان أو فاسقاً ، لأنه ملكه وغلته له ، ( و ) الموقوف عليه ( غير المحصور كالوقف على جهة لا تنحصر كالفقراء، والمساكين ) والعلماء، والغزاة نظره للحاكم، ( أو ) الموقوف ( على مسجد، أو مدرسة، أو رباط، أو قنطرة ونحو ذلك ) كساقية، ( فـ ) نظره ( للحاكم أو من يستنيبه ) الحاكم على بلد الوقف ، لأنه ليس له مالك معين ( ووظيفة الناظر : حفظ الوقف، وعمارته، وإيجاره، وزرعه، ومخاصمة فيه، وتحصيل ريعه من أجرة، أو زرع، أو ثمر ، والاجتهاد في تنمية وصرفه في جهاته من

عمارة وإصلاح وإعطاء مستحق ) وتقدم في الوكالة : يقبل قول الناظر المتبرع في دفع لمستحق ، وإن لم يكن متبرعاً لم يقبل قوله إلا ببينة ( ونحوه ) كشراء طعام، أو شراب شرطه الواقف ، لأن الناظر هو الذي يلي الوقف وحفظه، وحفظ ريعه وتنفيذ شرط واقفه، وطلب الحفظ فيه مطلوب شرعاً ، فكان ذلك إلى الناظر ، ( وله ) أي الناظر (وضع يده عليه ) أي الوقف وعلى ريعه ، ( و ) له ( التقرير في وظائفه ذكروه في ناظر المسجد فينصب من يقوم بوظائفه من إمام ، ومؤذن ، وقيم وغيرهم ، كما أن للناظر الموقوف عليه نصب من يقوم بمصلحته ) أي الوقف ( من جاب ونحوه ) كحافظ . قال الحارثي : ومتى امتنع من نصب من يجب نصبه نصبه الحاكم ، كما في عضل الولي في النكاح . انتهى . قلت : وكذا لو طلب جعلاً على النصب .

( وإن أجر الناظر ) العين الموقوفة بـ ( أنقص من أجرة المثل صح ) عقد الإجارة ، (وضمن) الناظر ( النقص ) عن أجرة المثل إن كان المستحق غيره ، وكان أكثر مما يتغابن به في العادة كالوكيل إذا باع بدون ثمن المثل، أو أجر بدون أجرة المثل ، وفيه وجه بعدم الصحة . قال الحارثي : وهو الأصح لانتفاء الإذن فيه ، ( ولا تنفسخ الإجارة ) حيث صحت ( لو طلب ) الوقف ( بزيادة ) عن الأجرة الأولى ، وإن لم يكن فيها ضرر ، لأنها عقد لازم من الطرفين وتقدم . ( قال المنقح : لو غرس ) الموقوف عليه ( أو بنى ) لنفسه ( فيما هو وقف عليه وحده ، فهو ) أي الغراس والبناء ( له ) أي الغارس ، أو الباني ( محترم ) لأنه وضعه بحق . قلت : فلو مات وانتقل الوقف لغيره فينبغي أن يكون كغرس وبناء مستأجر انقضت مدته .

( وإن كان ) الغارس أو الباني ( شريكاً ) فيما غرس أو بنى فيه ، بأن كان الوقف عليه وعلى غيره ، ( أو ) كان ( له النظر فقط ) دون الاستحقاق ، ( فـ ) ـغرسه أو بناؤه ( غير محترم ) فلباقي الشركاء المستحقين هدمه ، ( ويتوجه إن أشهد ) أي فغرسه وبناؤه له محترماً، أو غير محترم على ما سبق تفصيله ، ( وإلا ) بأن لم يشهد أنه له ، (فـ ) ـغرسه وبناؤه ( للوقف ) تبعاً للأرض ، ( ولو غرسه ) الناظر أو بناه ( للوقف أو من ) مال ( الوقف فوقف ، ويتوجه في غرس أجنبي ) ومثله بناؤه . والمراد بالأجنبي غير الناظر والموقوف عليه ( أنه للوقف بنيته . انتهى ) والتوجيهان لصاحب الفروع .

قال الشيخ تقي الدين : يد الواقف ثابتة على المتصل به ، ما لم تأت حجة تدفع موجبها كمعرفة كون الغارس غرسها له بحكم إجارة، أو إعارة، أو غصب ، ويد المستأجر على المنفعة ، فليس له دعوى البناء بلا حجة ، ويد أهل عرصة مشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك إلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه، (ويأكل ناظر الوقف من

الوقف بمعروف نصاً وظاهره ولو لم يكن محتاجاً ، قاله في القواعد . وقال الشيخ : له أخذ أجرة عمله مع فقره ، وتقدم في الحجر ، ويشترط في الناظر المشروط إسلام ) إن كان الموقوف عليه مسلماً ، أو كانت الجهة كمسجد ونحوه ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ (١) ، فإن كان الوقف على كافر معين جاز شرط النظر فيه لكافر كما لو وقف على أولاده الكفار وشرط النظر لأحدهم أو غيرهم من الكفار ، فيصح كما في وصية الكافر لكافر على كافر، أشار إليه ابن عبد الهادي وغيره.

( و ) يشترط أيضاً في الناظر المشروط ( تكليف ) لأن غير المكلف لا ينظر في ملكه المطلق ، ففي الوقف أولى ، ( و ) يشترط أيضاً فيه ( كفاية في التصرف وخبرة به ) أي التصرف ( وقوة عليه ) لأن مراعاة حفظ الوقف مطلوبة شرعاً ، وإن لم يكن الناظر متصفاً بهذه الصفة لم يمكنه مراعاة حفظ الوقف ، و( لا ) تشترط فيه ( الذكورية ) لأن عمر أوصى بالنظر إلى حفصة رضي الله عنهما ، ( ولا ) تشترط أيضاً فيه ( العدالة ) ويضم إلى الفاسق عدل ، ذكره ابن أبي موسى والسامري وغيرهما ، لما فيه من العمل بالشرط وحفظ الوقف ، ( ويضم إلى ) ناظر ( ضعيف قوي أمين ) ليحصل المقصود ، سواء كان ناظراً بشرط، أو موقوفاً عليه ، ( فإن كان النظر لغير الموقوف عليه ) بأن وقف على الفقراء، أو ولي الحاكم ناظراً من غيرهم ، ( أو ) كان النظر ( لبعضهم ) أي الموقوف عليهم ، ( وكانت ولايته من حاكم ) بأن كان وقف على الفقراء وولي الحاكم منهم ناظراً عليه ، ( أو ) من ( ناظر ) أصلي ، ( فلا بد من شرط العدالة فيه ) لأنها ولاية على مال ، فاشترط لها العدالة كالولاية على مال اليتيم ، ( فإن لم يكن ) الأجنبي المولي من حاكم، أو ناظر أصلي (عدلاً ، لم تصلح ولايته) لفوات شرطها وهو العدالة، ( وأزيلت يده ) عن الوقف حفظاً له ، ( فإن ) تولى الأجنبي وهو عدل ، ثم ( فسق ) أزيلت يده ( أو أجر ) صوابه : أصر ، كما هي عبارة الشيخ تقي الدين ( متصرفاً بخلاف الشرط الصحيح عالماً بتحريمه فسق وأزيلت يده ) لأن ما منع التولية ابتداء منعها دواماً ، ( فإن عاد إلى أهليته عاد حقه ) من النظر المشروط له ، ( كما لو صرح ) الواقف ( به ) أي بأنه إذا عاد إلى أهليته عاد حقه ، ( وكالموصوف ) بأن قال : النظر للأرشد ونحوه ، فإذا زال هذا الوصف عنه أزيلت يده ، فإن عاد عاد حقه ، ( قاله الشيخ) وهذا في الناظر المشروط مرجوح ، والذي جزم به في المنتهي وغيره أنه إذا فسق يضم إليه أمين جمعاً بين الحقين ، ولا تزال يده إلا أن لا يمكن حفظ الوقف منه فتزال

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٤١ .

ولايته ، لأن مراعاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه . ( قال ) الشيخ : (ومتى فرط) الناظر ( سقط مما له ) أي من المعلوم ( بقدر ما فوته ) على الوقف ( من الواجب ) عليه من العمل فيوزع ما قدر له على ما عمل ، وعلى ما لم يعمله ، ويسقط قسط ما لم يعمله ، ويؤيده ما ذكره بقوله .

( وفي الأحكام السلطانية في العامل يستحق ما ) جعل ( له إن كان ) الجعل ( معلوماً فإن قصر ) العامل ، ( فترك بعض العمل لم يستحق ما قابله ) أي ما قابل بعض العمل المتروك ، ( وإن كان ) العمل قد وجد ، لكن ( بجناية ) أي مع جناية ( منه ) أي العامل ( استحقه ) أي الجعل لوجود العمل ، ( ولا يستحق الزيادة ) على الجعل وإن كان عمله يساوي أكثر مما جعل له ، لأن الجاعل لم يلتزمها ، ( وإن كان ) الجعل (مجهولاً) ولم يكن من مال كفار ، فالجعالة فاسدة وللعامل ( أجرة مثله ) كما تقدم في الجعالة ، ( فإن كان ) أي الجعل ( مقدراً في الديوان وعمل به ) أي بذلك المقدر (جماعة) من العمال ، ( فهو أجرة المثل ) يستحقه ذلك العامل الذي لم يسم له شيء ، لأن الظاهر موافقته للواقع ، ( وإن شرط ) الواقف ( لناظر أجرة ) أي عوضاً معلوماً ، فإن كان المشروط لقدر أجرة المثل اختص به ، وكان مما يحتاج إليه الوقف من أمناء وغيرهم من غلة الوقف ، وإن كان المشروط أكثر ، ( فكلفته ) أي كلفة ما يحتاج إليه الوقف من نحو أمناء وعمال ( عليه ) أي على الناظر يصرفها من الزيادة ( حتى يبقى ) له ( أجرة مثله ) إلا أن يكون الواقف شرطه له خالصاً ، وهذا المذكور في الناظر ، نقله الحارثي عن الأصحاب ، وقال : ولا شك أن التقدير بقدر معين صريح في اختصاص الناظر به ، فتوقف الاختصاص على ما قالوا لا معنى له إلى أن قال : وصريح المحاباة لا يقدح في الاختصاص به إجماعاً .

( وإن لم يسم ) الواقف ( له ) أي الناظر ( شيئاً ، فقياس المذهب إن كان مشهوراً بأخذ الجاري ) أي أجر المثل ( على عمله ) أي معداً لأخذ العوض على عمله ، ( فله جاري ) أي أجرة مثل ( عمله ، وإلا ) بأن لم يكن معداً لأخذ العوض على عمله ، (فلا شيء له ) لأنه متبرع بعمله ، وهذا في عامل الناظر واضح ، وأما الناظر فقد تقدم إذا لم يسم له شيء يأكل بالمعروف ، إلا أن يكون هذا من تتمة كلام القاضي في الأحكام السلطانية ، فيكون مقابلاً لما تقدم ، ( وله ) أي الناظر ( الأجرة من وقت نظره فيه ) أي الوقف لأنها في مقابلته ، فلا يستحق إلا بقدره ، ( فإن كانت ولايته ) أي الناظر ( من واقف ، وهو ) أي الناظر ( فاسق ) حال الولاية ( أو عدل ففسق صح ) كونه ناظراً ، (وضم إليه أمين) سواء كان أجنبياً، أو بعض الموقوف عليهم جمعاً بين الحقين كما قدمته

( وإن كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف النظر له ) بأن قال : وقفته على زيد ونظره له ، ( أو لكونه أحق به لعدم ناظر ) شرطه الواقف ، ( فهو ) أي الموقوف عليه (أحق به بذلك ) أي بالنظر ( إذا كان مكلفاً رشيداً رجلاً كان ) الموقوف عليه، ( أو امرأة عدلاً، أو فاسقاً ، لأنه ) يملك الوقف ، فهو ( ينظر لنفسه ) مقتضاه : ولو كافراً كما مال إليه في شرح المنتهى ، ( وإن كان الوقف لجماعة ) محصورين ( رشيدين ، فالنظر للجميع لكل إنسان ) منهم ينظر ( في حصته ) في الطلق ، وقال الحارثي : إن الواحد منهم في حال الشرط لا يستقل بحصته ، لأن النظر مسند إلى الجميع فوجب الشرط في مطلق النظر ، فما من نظر إلا وهو مشترك، ( فإن كان الموقوف عليه صغيراً، أو سفيهاً، أو مجنوناً ) ولم يشترط النظر لغيره ( قام وليه في النظر مقامه ) لأنه يملكه ، فهو (كملكه الطلق ولو شرط الواقف النظر لغيره ) من موقوف عليه أو أجنبي ، ( ثم عزله لم يصح عزله ) كإخراج بعض الموقوف عليهم ، ( إلا أن يشترطه ) أي عزل الناظر الواقف ( لنفسه ) ، فإن اشترطه ملكه بالشرط ، ( فإن شرط ) الواقف ( النظر لنفسه ثم جعله ) أي النظر ( لغيره، أو أسنده، أو فوضه ) أي النظر ( إليه ) بأن قال : جعلت النظر، أو فوضته، أو سندته إلى زيد ، ( فله ) أي الواقف ( عزله ) أي المجعول ، أو المفوض ، أو المسند إليه لأنه نائبه ، أشبه الوكيل ، ( ولناظر بالأصالة وهو الموقوف عليه ) المعين (والحاكم) فيما وقف على غير معين ولم يعين الواقف غيره ( نصب ناظر وعزله ) قال ابن نصر الله : أي نصب وكيل عنه وعزله . انتهى لأصالة ولايته ، أشبه المتصرف في مال نفسه .

( وأما الناظر المشروط فليس له نصب ناظر ولا الوصية بالنظر ) لأن نظره مستفاد بالشرط ولم يشرط له شيء من ذلك ، ( ما لم يكن مشروطاً له ) أن ينصب من شاء، أو يوصي ، لكن لو كان الموقوف عليه هو المشروط له ، فالأشبه أن له النصب لأصالة ولايته ، إذ الشرط كالمؤكد لمقتضى الوقف عليه ، ( ولو أسند ) الواقف ( النظر إلى اثنين) من الموقوف عليهم أو غيرهم ، ( فأكثر أو جعله ) أي النظر ( الحاكم أو الناظر ) الأصلي ( إليهما ) أي إلى اثنين فأكثر ( لم يصح تصرف أحدهما مستقلاً ) عن الآخر (بما شرط) لأن الواقف لم يرض بواحد ، وإن لم يوجد إلا واحد وأبى أحدهما، أو مات أقام الحاكم مقامه آخر ، ( وإن شرطه ) أي النظر ( لكل منهما صح ) تصرف أحدهما منفرداً ، وإذا مات أحدهما، أو أبى لم يحتج إلى إقامة آخر ، ( واستقل ) الموجود منهما ( به ) أي بالنظر ، لأن البدل مستغنى عنه . واللفظ لا يدل عليه ، ( ولو تنازع ناظران في نصب إمام نصب أحدهما ) أي الناظرين ( زيداً ، و ) نصب ( الآخر عمراً إن لم

يستقلا وتعاقبا ) بأن سبق نصب أحدهما الآخر ، ( فانعقدت للأسبق ) منهما دون الثاني، لأن ولايته لم تصادف محلاً ، ( وإن اتحدا واستوى المنصوبان ) بأن لا يكون لأحدهما مرجح ( قدم أحدهما بقرعة ) لعدم المرجح ، ( ولا نظر لحاكم مع ناظر خاص) قال في الفروع : ويتوجه مع حضوره ، فيقرر حاكم في وظيفة خلت في غيبته لما فيه من القيام بلفظ الواقف في المباشرة ودوام نفعه انتهى . وعلى هذا لو ولى الناظر الغائب إنساناً، وولى الحاكم آخر قدم الأسبق تولية منهما ، ( لكن للحاكم النظر العام فيعترض عليه ) أي على الناظر الخاص ( إن فعل ) الخاص ( ما لا يسوغ ) له فعله لعموم ولايته ، ( وله ) أي الحاكم ( ضم أمين إليه ) أي إلى الخاص ( مع تفريطه، أو تهمته ليحصل المقصود ) من حفظ الوقف . والظاهر أن الأول يرجع إلى رأي الثاني ولا يتصرف إلا بإذنه ليحصل الغرض من نصبه ، وكذا إذا ضم إلى ضعيف قوي معاون له، فلا يزال يد الأول عن المال ولا نظره ، والأول هو الناظر دون الثاني . هذا قياس ما ذكره في الموصي له، (وإن شرط الواقف ناظراً، ومدرساً، ومعيداً، وإماماً لم يجز أن يقوم شخص بالوظائف كلها وتنحصر فيه ) وإن جميع بين بعض لا يتعذر قيامه به لم يمتنع . (وقال الشيخ : إن أمكن أن يجمع ) الناظر ( بين الوظائف لواحد فعل ) الناظر ذلك (وما بناه أهل الشوارع والقبائل من المساجد ، فالإمامة ) فيه ( لمن رضوا به لا اعتراض للسلطان عليهم ) في أئمة مساجدهم ، ( وليس لهم بعد الرضا به عزله ) لأن رضاهم به كالولاية له ، فلم يجز صرفه ( ما لم يتغير حاله ) بنحو فسق، أو ما يمنع الإمامة ، (وليس له أن يستنيب إن غاب ) قاله في الأحكام السلطانية ، لأن تقديم الجيران له ليس ولاية ، وإنما قدم لرضاهم به ، ولا يلزم من رضاهم به الرضا بنائبه كما في الوصي بالصلاة على ميت ، بخلاف من ولاه الناظر، أو الحاكم ، لأن الحق صار له بالولاية ، فجاز أن يستنيب . ( قال الحارثي ) : فيجعل نصب الإمام في هذا النوع لأهل المسجد أي جيرانه والملازمين له ، (والأصح : أن للإمام النصب أيضاً ) لأنه من الأمور العامة ، (لكن لا ينصب إلا برضا الجيران ) عبارته : لا ينصب إلا من يرضاه الجيران ، (وكذلك الناظر الخاص لا ينصب من لا يرضاه الجيران) لما في كتابي أبي داود وابن ماجة عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ كان يقول : « ثَلاثَةٌ لا يَقْبَلُ اللهُ مِنْهُمْ صَلاةً : مَنْ تَقَدَّمَ قَوْماً وَهُمْ لَهُ كَارِهُونَ »[1] ،

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الصلاة ، باب الرجل يؤم القوم وهم له كارهون ، الحديث (٥٩٣) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١/٣١١ ، كتاب إقامة الصلاة ، باب من أم قوماً وهم له كارهون ، الحديث (٩٧٠) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٣/١٢٨ ، كتاب الصلاة ، باب ما جاء فيمن أم قوماً وهم له كارهون ، وذكره البغوي في المصابيح ، كتاب الصلاة ، باب الإمامة .

وذكر بقية الخبر . ( وقال أيضاً ) الحارثي ما معناه : ظاهر المذهب ( ليس لأهل المسجد مع وجود إمام ، أو نائبه نصب ناظر في مصالحه ) أي المسجد ، ( ووقفه ) أي الموقوف عليه كما في غير المسجد ، ( فإن لم يوجد ) القاضي ( كالقرى الصغار والأماكن النائية ) أي البعيدة ، ( أو وجد ) القاضي ، ( وكان غير مأمون ، أو ) وجد القاضي ، وهو مأمون لكنه ( ينصب غير مأمون ، فلهم ) أي أهله ( النصب تحصيلاً للغرض ودفعاً للمفسدة ، وكذا ما عداه ) أي المسجد ( من الأوقاف لأهله نصب ناظر فيه لذلك ) أي لعدم وجود القاضي المأمون ناصباً لمأمون ، ( وإن تعذر النصب من جهة هؤلاء فلرئيس القرية ، أو ) رئيس ( المكان النظر والتصرف ) لأنه محل حاجة ، وقد نص أحمد على مثله . انتهى كلامه .

( وإن نزل مستحق تنزيلاً شرعياً لم يجز صرفه منه ) أي مما نزل فيه ( بلا موجب شرعي ) من نحو فسق ينافيه ، أو تعطيل عمل مشروط ، ( وتقدم قريباً ، ومن لم يقم بوظيفة غيره عزله من له الولاية لمن يقوم بها ) تحصيلاً لغرض الواقف ( إذا لم يثبت الأول ويلتزم الواجب ) قبل صرفه . قال في النكت : ولو عزل من وظيفة للفسق ثم تاب لم يعد إليها ، قاله في المبدع .

( ولا يجوز أن يؤم في المساجد السلطانية ، وهي ) المساجد ( الكبار ) أي الجوامع وما كثر أهله ( إلا من ولاه السلطان أو نائبه ، لئلا يفتات عليه فيما وكل إليه ) وإن ندب له إمامين وخص كلا منهما ببعض الصلوات الخمس جاز ، كما في تخصيص أحدهما بصلاة النهار، والآخر بصلاة الليل ، فإن لم يخصص فهما سواء، وأيهما سبق كان أحق ولم يكن للآخر أن يؤم في تلك الصلاة بقوم آخرين . واختلف في السبق ، فقيل : بالحضور في المسجد . وقيل : بالإمامة ، وإن حضرا معاً وتنازعا احتمل القرعة واحتمل الرجوع إلى اختيار أهل المسجد ، قاله في الأحكام السلطانية . وعمل الناس على خلافه (قال القاضي : وإن غاب من ولاه ) السلطان أو نائبه ، ( فنائبه أحق ) لقيامه مقامه ، (ثم) إن لم يكن له نائب ( من رضيه أهل المسجد لتعذر إذنه ، وإن علق الواقف الاستحقاق بصفة استحق من اتصف بها ، فإن زالت عنه زال استحقاقه ) وإن عادت عاد استحقاقه ، ( فلو وقف ) شيئاً ( على المشتغلين بالعلم استحق من اشتغل به ، فإن ترك الاشتغال زال استحقاقه ، فإن عاد ) إلى الاشتغال ( عاد استحقاقه ) لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً . قال الحارثي : ( وإن شرط الواقف في الصرف نصب الناظر للمستحق كالمدرس، والمعيد، والمتفقهة ) أي الطلبة ( بالمدرسة مثلاً، فلا إشكال في توقف الاستحقاق على نصب الناظر له ) أي المدرس ونحوه عملاً بالشرط ، ( وإن لم يشترط )

الواقف نصب الناظر للمستحق ، ( بل قال : ويصرف الناظر إلى مدرس، أو معيد، أو متفقهة بالمدرسة لم يوقف الاستحقاق على نصب الناظر ولا الإمام ، بل لو انتصب مدرس، أو معيد بالمدرسة وأذعن له الطلبة بالاستفادة ، وتأهل لذلك استحق ، ولم تجز منازعته لوجود الوصف المشروط ) أي التدريس والإعادة ، ( وكذا لو قام طالب بالمدرسة متفقهاً ، ولو لم ينصبه ناصب ) استحق لوجود التفقه ، ( وكذا لو شرط الصرف المطلق إلى إمام مسجد، أو مؤذن أو قيم فأم إمام ورضيه الجيران ) أو أذن فيه مؤذن ، ( أو قام بخدمة المسجد قائم ونحو ذلك ) كان مستحقاً لوجود الشرط . انتهى .

( قال الشيخ : ولو وقف على مدرس وفقهاء ، فللناظر ثم الحاكم تقدير أعطيتهم ، فلو زاد النماء فهو لهم ، وليس تقدير الناظر أمراً حتماً كتقدير الحاكم ، بحيث لا يجوز له أو لغيره زيادته ونقصه لمصلحة ) وقريب منه تغيير أجرة المثل ونفقته وكسوته ، لأنه يختلف باختلاف الأزمان والأحوال ، وليس من نقض الاجتهاد بالاجتهاد بل عمل بالاجتهاد الثاني لتغير السبب .

( وإن قيل : إن المدرس لا يزاد ولا ينقص بزيادة النماء ونقصه للمصلحة كان باطلاً ، لأنه لهم ، فالحكم بتقديم مدرس، أو غيره باطل لم نعلم أحداً يعتد به قال به ، ولا بما يشبهه ولو نفذه حاكم ، وإنما قدم القيم ونحوه لأن ما يأخذه أجرة ) عمله ، ( ولهذا يحرم أخذه فوق أجرة مثله بلا شرط . قال في الفروع : وجعل ) أي الشيخ تقي الدين (الإمام والمؤذن كالقيم ، بخلاف المدرس والمعيد والفقهاء ) أي المتفقهة ، ( فإنهم من جنس واحد . وقال الشيخ أيضاً : لو عطل مغل مسجد سنة تقسطت الأجرة المستقبلة عليها ) أي على السنة التي تعطل مغلها ، ( وعلى السنة الأخرى ) التي لم يتعطل مغلها ( لتقوم الوظيفة فيهما ) أي السنتين ، ( فإنه خير من التعطيل، ولا ينقص الإمام بسبب تعطيل الزرع بعض العام . قال في الفروع : فقد أدخل ) أي الشيخ تقي الدين ( مغل سنة في سنة ، وأفتى غير واحد منا ) أي الحنابلة ( في زمننا فيما نقص عما قدره الواقف كل شهر أنه يتمم مما بعد ، وحكم به بعضهم بعد سنين ، ورأيت غير واحد لا يراه . انتهى . ومن شرط ) -بالبناء للمفعول- ( لغيره النظر إن مات ) بأن قال الواقف : النظر لزيد ، فإن مات فلعمرو مثلاً ، ( فعزل ) زيد ( نفسه، أو فسق ) وقلنا : ينعزل ، (فكموته لأن تخصيصه ) أي الموت ( للغالب ) أي خرج مخرج الغالب ، فلا يعتد بمفهومه وإن أسقط حقه من النظر لغيره ، فليس له ذلك لأنه إدخال في الوقف لغير أهله، فلم يملكه ، وحقه باق ، فإن أصر على عدم التصرف انتقل إلى من يليه كما لو عزل نفسه ، فإن لم يكن من يليه أقام الحاكم مقامه كما لو مات . هذا ما ظهر لي ولم

أره مسطوراً . وقد عمت البلوى بهذه المسألة ، ( وإن شرط النظر للأفضل من أولاده ) أو أولاد زيد ، ( فهو ) أي النظر ( له ) أي للأفضل منهم عملاً بالشرط ، ( فإن أبى ) الأفضل ( القبول انتقل ) النظر ( إلى من يليه ) كأنه لم يكن ، ( فإن تعين أحدهم أفضل ثم صار فيهم من هو أفضل انتقل ) النظر ( إليه لوجود الشرط فيه ، فإن استوى اثنان ) في الفضل ( اشتركا ) في النظر ، ( وللإمام النصب ) أي نصب ناظر ، ولعل المراد ، حيث لا شرط ( لأنه من المصالح العامة . قال الشيخ : إن أطلق ) الواقف شرط ( النظر لحاكم ) بأن لم يقيده بحنبلي ولا غيره ( شمل ) لفظ الحاكم ( أي حاكم ، سواء كان مذهبه مذهب حاكم البلد زمن الواقف أولاً ، وإلا ) أي وإن لم نقل بذلك (لم يكن له نظر إذا انفرد وهو باطل اتفاقاً . انتهى ) واقتصر عليه في الفروع وجزم به في المنتهى، ( فإن تعدد الحكام كان للسلطان أن يوليه ) أي النظر ( من شاء من المتأهلين) لذلك أفتى به الشيخ نصر الله الحنبلي، والشيخ برهان الدين ولد صاحب الفروع، ووافقهما السراج البلقيني، والشهاب الباعوني، وابن الهايم، والتفهني الحنفي، والبساطي المالكي .

( ولو فوضه ) أي النظر ( حاكم ) لإنسان ( لم يجز لـ ) حاكم ( آخر نقضه ) قال في شرح المنتهى ، ولعل وجهه أن الأصحاب قاسوا التفويض على حكم الحاكم قبله . انتهى .

وقد تقدم أن الحاكم له نصب ناظر وعزله إلا أن يحمل ما هنا على ما إذا تعددت الحكام وما تقدم على ما إذا لم يكن إلا حاكم واحد بقرينة السياق ، أو يقال النصب بمعنى التوكيل، والتفويض إسناده إليه على وجه يستقل به ، ولو ولي كل من حاكمين النظر شخصاً وتنازعا، قدم ولي الأمر أحقهما، (وتعين مصرف الوقف) أي يتعين صرف الوقف إلى الجهة التي عينها الواقف كما تقدم ، ( فلا يصرف ) الوقف ( في غيره ) أي غير ما شرطه الواقف وإلا لم يكن لتعيينه فائدة ، ( وإن شرط الواقف أن لا يؤجر وقفه صح ) الشرط ، ( واتبع شرطه ) وتقدم ، ( وكذا لو شرط أن لا يزاد في عقد الإجارة على مدة قدرها ) فيتبع شرطه وتقدم الضرورة ، فيجوز بقدرها ، ( ولا اعتراض لأهل الوقف على من ولاه الواقف أمر الوقف إذا كان ) المولي ( أميناً ، ولهم ) أي أهل الوقف ( مساءلته ) أي الناظر ( عما يحتاجون إلى علمه من أمور وقفهم حتى يستوي علمهم فيه وعلمه ) وهو ظاهر ، ( ولهم ) أي أهل الوقف ( مطالبته بانتساخ كتاب الوقف لتكون نسخه في أيديهم وثيقة ) لهم ، ( وله ) أي الناظر ( انتساخه ) أي كتاب الوقف ، (والسؤال عن حاله وأجرة تسجيل كتاب الوقف من ) مال ( الوقف ) كما هو العادة ، (ولولي الأمر أن ينصب ديواناً مستوفياً لحساب أموال الأوقاف عند المصلحة ، كما له )

أي ولي الأمر ( أن ينصب دواوين لحساب الأموال السلطانية كالفيء وغيره ) مما يؤول إلى بيت المال من تركات ونحوها ، ( وله ) أي ولي الأمر ( أن يفوض له ) أي للمستوفي على حساب أموال الأوقاف أو غيرها ( عل عمله ما يستحقه مثله من مال يعمل) فيه ( بمقدار ذلك المال ) الذي يعمل فيه ، ( وإذا قام المتوفي بما عليه من العمل استحق ما فرض له ) وإن لم يقم به لم يستحقه، ولم يجز له أخذه ، ولا يعمل بالدفتر الممضي منه المعروف في زمننا بالمحاسبات في منع مستحق ونحوه إذا كان بمجرد إملاء الناظر . والكاتب على ما اعتيد في هذه الأزمنة ، وقد أفتى به غير واحد في عصرنا ، ( ولو وقف) إنسان ( داره على مسجد وعلى إمام يصلي فيه كان للإمام نصف الربع ) وللمسجد نصفه ، ( كما لو وقفها على زيد وعمرو ) لأن مطلق الإضافة يقتضي التسوية ، ( ولو وقفها ) أي الدار ( على مساجد القرية وعلى إمام يصلي في واحد منها كان الربع بينه ) أي الإمام ، ( وبين كل المساجد نصفين ) قاله في نوادر المذهب . واقتصر عليه الحارثي .



## فصـــل

وإن وقف على ولده ثم على المساكين، أو وقف على ( أولاده ) ثم على المساكين ، (أو) وقف على ( ولد غيره ) أو على أولاد غيره ، ( ثم على المساكين فهو ) أي الوقف (لولده الذكور والإناث والخناثى ) لأن الولد يقع على الواحد والجمع والذكر والأنثى ، كما قاله أهل اللغة، ويكون ( بينهم بالسوية ) لأنه جعله لهم، وإطلاق التشريك يقتضي التسوية ، كما لو أقر لهم بشيء ولا يدخل فيهم المنفي بلعان ، ثم لا فرق بين صفة الولد والأولاد في استقلال الموجود منهم بالوقف واحداً كان أو اثنين أو أكثر ، لأن علم الواقف بوجود ما دون الجمع دليل إرادته من الصيغة ، ( وإن حدث للواقف ولد بعد وقفه استحق ) الحادث ( كالموجودين ) حال الوقف تبعاً لهم ( اختاره ابن أبي موسى وأفتى به ابن الزاغوني ، وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل وجزم به في المبهج ) والمستوعب (خلافاً لما في التنقيح ) وتبعه في المنتهي ، حيث قال : دخل الموجودون فقط ، (ويدخل) أيضاً في الوقف على ولده وأولاده، أو ولد غيره، أو أولاده ( ولد بنيه ) مطلقاً (وجدوا) أي ولد البنين ( حالة الوقف أولاً ) ، وإن سفلوا ، لقوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [1] فدخل فيه ولد البنين وإن سفلوا ، وكذلك كل موضع ذكر الله فيه الولد دخل فيه ولد البنين ، فالمطلق من كلام

(١) سورة النساء ، الآية : ١١ .

الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ، ويفسر بما يفسر به ، ولأن ولد ولده له بدليل قوله تعالى : ﴿ يَا بَنِي آدم ﴾، ﴿ يا بني إسرائيل﴾ وقوله ﷺ : « إرمُوا بَني إسْمَاعِيلَ فإنَّ أباكُمْ كانَ رَامِياً »[1] ، وقوله : « نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ بنِ كِنانَةَ » والقبائل كلها تنتسب إلى جدودها ، ( ولا يدخل ولد البنات ) في ولده ولا في أولاده إذا وقف عليهم ، ( كوصية ) أي كما لو وصى ولد زيد أو أولاده فيدخل فيها أولاد بنيه لما تقدم دون أولاد بناته وأولاد بنات بنيه وبنات بن بنيه ، فليس لهم شيء في الوقف ولا في الوصية لأنهم من رجل آخر ، ولعدم دخولهم في قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلادِكُمْ ﴾[2] ، وكذا كل ولد ذكر في القرآن في الإرث، أو الحجب لا مدخل لهم فيه ، ولأن أولاد البنات ينتسبون إلى آبائهم على ما قاله الشاعر :

بنونـا بنـو أبنائنـا وبناتنـا        بنوهن أبناء الرجال الأباعد

( ويستحقونه ) أي يستحق أولاد البنين الوقف ( مرتباً ) بعد آبائهم ( كقوله ) : وقفته على أولادي ( بطناً بعد بطن ) أو الأقرب ، فالأقرب أو الأول ، فالأول ونحوه ما لم يكونوا قبيلية، أو يأتي بما يقتضي التشريك كعلى أولادي وأولادهم، فلا ترتيب ذكره في شرح المنتهى ، ( وإن قال : وقفت على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا ، الأعلى فالأعلى، أو الأقرب فالأقرب، أو الأول فالأول، أو البطن الأول ثم البطن الثاني ، أو على أولادي، ثم على أولاد أولادي ، أو على أولادي ، فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولادي فترتيب جملة على ) جملة ( مثلها لا يستحق البطن الثاني شيئاً قبل انقراض ) البطن (الأول ) لأن الوقف ثبت بقوله ، فيتبع فيه مقتضى كلامه ، ( وكذا قوله : قرنا بعد قرن، قاله في التلخيص ، ولو قال بعد الترتيب على أولاده ) بأن قال مثلاً : هذا وقف على أولادي ، ثم أولادهم ، ( ثم على أنسالهم، وأعقابهم استحقه أهل العقب مرتباً ) لقرينة الترتيب فيما قبله ، و( لا ) يستحقونه ( مشتركاً ) مع الأنسال نظراً إلى عطفهم بالواو لمخالفته لقرينة السياق . قال في الاختيارات : الواو كما لا تقتضي الترتيب لا تنفيه ، لكن هي ساكنة عنه نفياً ، وإثباتاً ، ولكن تدل على التشريك وهو الجمع المطلق، فإن كان في الوقف ما يدل على الترتيب مثل أن رتب أولاً عمل به ولم يكن ذلك منافياً لمقتضى الواو ، ( ولو رتب ) واقف ( بين أولاده وأولادهم بثم ) فقال : هذا وقف على أولادي ثم أولادهم ، ( ثم قال : ومن توفي عن ولد فنصيبه لولده ، استحق

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب المناقب ، باب نسبة اليمن إلى إسماعيل منهم أسيلم بن أفصى بن حارثة .
(٢) سورة النساء ، الآية : ١١ .

كل ولد بعد أبيه نصيبه ) لأنه صريح في ترتب الأفراد ، ( ولو قال ) : وقفت ( على أولادي ، ثم على أولاد أولادي على أنه من توفي منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل درجته، استحق كل ولد نصيب أبيه بعده ، كـ ) المسألة ( التي قبلها ) بقرينة قوله : عن غير ولد ، فهذا دال على إرادة ترتيب الأفراد ، وإن مات عن ولد فنصيبه له ، (ومتى بقي واحد من البطن الأول كان الجميع ) من ريع الوقف ( له ) أي من وجد من البطن الأعلى ، حيث كان الوقف على ولده، أو أولاده، أو ذكر ما يقتضي الترتيب ، ( وكذا حكم وصية) في تناول الولد، أو الأولاد لأولاد البنين، وإن نزلوا ( إذا وجدوا قبل موت الموصي ) فإذا وصي لولد فلان بكذا ، ووجد له ولد ابن بعد الوصية ، وقبل موت الموصي دخل في الوصية ، وإن لم يوجد له ولد إلا بعد موت الموصي بطلت الوصية ، لعدم الموصي له عند موت الموصي ، ( فإن ) وقف على ولده أو ولد غيره ، و( كان ولده أو ولد غيره قبيلة ليس فيهم واحد من صلبه ) فلا ترتيب ، ( أو قال ) وقفت ( على أولادي ، أو ) على ( ولدي ، وليس له إلا أولاد أولاد ) فلا ترتيب ( أو قال ) وقفت على أولادي أو ولدي ، ( ويفضل الولد الأكبر ، أو الأفضل ، أو الأعلم على غيرهم ) فلا ترتيب ، وفيه نظر ، ( أو قال ) هذا وقف على ولدي، أو أولادي ، ( فإذا خلت الأرض من عقبي عاد إلى المساكين ) فلا ترتيب ، وفيه نظر ، ( أو قال ) : هذا وقف (على ولد ولدي ، غير ولد البنات ، أو غير ولد فلان ) فلا ترتيب ، ( أو قال ) هذا وقف على ولدي أو أولادي ، ( يفضل البطن الأعلى على الثاني، أو عكسه ) أي يفضل البطن الثاني على الأول ، فلا ترتيب ( أو ) قال : ( يفضل الأعلى فالأعلى ) وأشباه ذلك مما يدل على التعميم فلا ترتيب ، عملاً بالقرينة في ذلك كله ، ( أو قال ) : هذا وقف ( على أولادي وأولادهم ، فلا ترتيب ) لأن الواو لا تقتضيه ، ( واستحقوا مع آبائهم ) لما تقدم ، ( وإن قال : على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا ، على أنه من مات منهم عن ولد عاد ما كان جارياً عليه على ولده كان ) قوله : على أن من مات إلى آخره ( دليلاً على الترتيب بين كل والد وولده ) لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه ، ثم دفعنا إليه سهماً صار له سهمان ولغيره سهم ، وهذا ينافي التسوية ، ولأنه يفضي إلى تفصيل ولد الابن على الابن ، ( فإذا مات ) من أهل وقف واحد أو أكثر ( عن ولد انتقل إلى ولده سهمه ) أي نصيبه الأصلي والعائد ( سواء بقي من البطن الأول أحد ، أو لم يبق ) منه أحد ، لعموم قوله : من مات عن ولده فنصيبه لولده ، ( وإن رتب ) الواقف ( بعضهم ) أي بعض الموقوف عليهم ( دون بعض ، فقال ) : وقفت ( على أولادي ، ثم على أولاد أولادي وأولادهم

ما تناسلوا وتعاقبوا ، أو ) قال : وقفت ( على أولادي ، وأولاد أولادي ، ثم على أولادهم ما تناسلوا ، ففي المسألة الأولى يختص به الأولاد ) لاقتضاء ثم الترتيب ، ( فإذا انقرضوا ) أي الأولاد ( صار مشتركاً بين من بعدهم ) من أولادهم وأولاد أولادهم ، وإن نزلوا ، لأن العطف فيهم بالواو ، وهي لا تقتضي الترتيب ، فإن قيل قد رتب أو لا ، فهلا حمل عليه ما بعده ؟ قلت : قد يكن غرض الواقف تخصيص أولاده لقربهم منه ، ( وفي ) المسألة ( الثانية ) وهي : ما إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده ، ثم على أولادهم، وأولاد أولادهم ما تناسلوا ( يشترك البطنان الأولان ) للعطف بالواو ( دون غيرهم ) فلا يدخل معهم في الوقف لعطفه بثم ، ( فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم ) لما تقدم ، ( وإذا قال ) : وقفت ( على ولدي وولد ولدي ، ثم على المساكين ) وقلنا : إن الولد لا يتناول أولاد الابن ( دخل البطن الأول والثاني ولم يدخل ) البطن ( الثالث ، وإن قال ) : وقفت ( على ولدي وولد ولدي ، دخل ثلاثة بطون دون من بعدهم ) بناء على أن الولد لا يتناول أولاد الابن ، وهو خلاف المذهب ، وما ذكرته من أن المسألتين مفرعتان على خلاف المذهب هو ما ذكره في المغني ، وأقره عليه الحارثي وصاحب الإنصاف والمنتهي وغيرهم ، لكن كلامه في القواعد الفقهية يقتضي خلافه ، فكان الأولى للمصنف التنبيه على ذلك، أو حذفهما كما حذف الرواية التي هي أصلهما ، ( ولو كان له ) أي الواقف ( ثلاثة بنين ، فقال : وقفت على ولدي) -بكسر الدال- ( فلان وفلان ، وعلى ولد ولدي كان الوقف على المسميين وأولادهما ، وأولاد الثالث الذي لم يذكره لدخوله في عموم ولدي ، ولا شيء للثالث ) جعلا لتسميتهما بدلاً للبعض من الكل ، فاختص الحكم به ، كقوله تعالى : ﴿ وللهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ البيت مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾ (١) ، ولأن خلوه عن أداة العطف دليل إرادة التفسير والتبيين ، بخلاف عطف الخاص على العام ، فإنه يقتضي معنى التأكيد ، فوجب حمل ما نحن فيه على التفسير والتبين .

( وكذا ) لو قال : وقفت ( على ولدي فلان وفلان ) فلا يشمل المسكوت عنه من أولاده عملاً بالبدل ، و( يشمل ولد ولده ) الذي لم يدخل كما في التي قبلها ، ولا يختص بأولاد المسلمين ، وهذا احتمال للموفق مستدلاً له بقول أحمد : إن قوله : وقفت على ولدي يتناول نسله وعقبه كلهم ، لكن مقتضى ما قدمه عدم دخول أولاد أولاده اعتباراً بالبدل ، وقد سئلت عنها بالحرمين ؛ وأفتيت فيها : بأن الوقف بعد ولديه يصرف

---

(١) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧ .

مصرف المنقطع ووافقني على ذلك من يوثق به ، ( وإذا وقف على فلان ، فإذا انقرض أولاده فعلى المساكين ، كان ) الوقف ( من بعد موت فلان لأولاده ) لدلالة قول الواقف، فإذا انقرض أولاده فعلى المساكين ، وإلا لم يكن لتوقف استحقاق المساكين على انقراضهم فائدة ، ( ثم من بعدهم للمساكين ، ولا يدخل ولد البنات ) في الوقف على ولده، أو أولاده، أو ذريته، ونحوه ( إلا بصريح ) كقوله : وقفت على ولدي وأولادهم ( على أن لولد الإناث سهماً ، ولولد الذكور سهمين ونحوه أو بقرينة ، كقوله : من مات منهم عن ولده فنصيبه لولده ، أو قال ) : وقفت ( على ولدي فلان وفلان وفلانة وأولادهم ، أو قال : فإذا خلت الأرض ممن نسب إلى من قبل أب أو أم ، فللمساكين ، أو قال : على البطن الأول من أولادي، ثم على الثاني والثالث وأولادهم ، والبطن الأول بنات ونحو ذلك ) مما يدل على دخول أولاد البنات فيدخلون بلا خلاف ، ( فإن قيد ) الواقف بما يقتضي عدم دخول أولاد البنات ، ( فقال ) : وقفت ( على أولادي لصلبي أو ) على ( من ينتسب إلى لم يدخلوا ) أي ولد البنات بلا خلاف ، قاله الحارثي ، وقد تقدم أن الولد للصلب يطلق على الولد الذي لا واسطة بينه وبينه على ولد البنين ، ( وإن رتب بين أولاده وأولادهم بثم ، ثم قال : ومن مات عن ولد فنصيبه لولده استحق كل ولد بعد أبيه نصيب أبيه الأصلي والعائد ، مثل أن يكون ) الموقوف عليهم ( ثلاثة أخوة فيموت أحدهم عن ولد ) انتقل نصيبه إليه ، ( ويموت الثاني عن غير ولد فنصيبه لأخيه الثالث ، فإذا مات ) الأخ ( الثالث عن ولد استحق ) الولد ( جميع ما كان في يد أبيه من ) الثلث ( الأصلي ، و ) الثلث ( العائد إليه من أخيه ) لعموم : فنصيبه لولده لأنه مفرد مضاف لمعرفة فيعم ، ( وبالواو للاشتراك ) لما تقدم من أنها لا تقتضي الترتيب بلا قرينة ، ( فإذا زاد ) الواقف في شروط وقفه ( على أنه إن توفي أحد من أولاد الموقوف عليه ابتداء في حياة والده ) أي قبل دخوله في الوقف ، ( وله ولد ثم مات الأب عن أولاده لصلبه وعن ولده لصلبه الذي مات أبوه قبل استحقاقه ، فله ) أي ولد الابن (معهم ) أي مع أعمامه ، ( ما لأبيه لو كان حياً فهو ) أي قول الواقف ما ذكر . وفي نسخ ، وهو ( صريح في ترتيب الأفراد ) وإذا مات واحد من مستحقي الوقف وجهل شرط الواقف صرف إلى جميع المستحقين بالسوية ، ذكره في الاختيارات .

( وإن قال ) : واقف ( على أن نصيب من مات عن غير ولد لمن في درجته والوقف مرتب ) بثم أو نحوها ، ( فهو ) أي نصيب من مات منهم عن غير ولد ( لأهل البطن الذي هو منهم ) دون بقية البطون ( من أهل الوقف ) دون غيرهم عملاً بسوابق الكلام.

فلو كان البطن الأول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ، ثم مات الثاني عن ابنين ، ثم

مات أحد الابنين، وترك أخاه وابن عمه وعمه وابنا لعمه الحي كان نصيبه لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه دون عمه وابنه ، وكذا لو وقف على ثلاثة من بنيه الأربع ، على أن نصيب من مات عن غير ولد لمن في درجته ، فمات أحد الثلاثة عن غير ولد ، كان نصيبه بين أخويه من أهل الوقف دون الثالث ، ( وكذا ) الحكم ( إن كان ) الوقف (مشتركاً بين البطون ) وشرط إن مات من غير ولد فنصيبه لمن في درجته ، فيختص به أهل البطن الذي هو منهم من أهل الوقف ، وإلا لم يكن في اشتراط الواقف لهذا الشرط فائدة . والظاهر أنه قصد شيئاً يفيد ، ( فإن لم يوجد في درجته ) أي درجة من مات عن غير ولد ( أحد ، فكما لو لم يذكر الشرط ) لأنه لم يوجد ما تظهر فائدته فيه ، (فيشترك الجميع ) من أهل الوقف ( في مسئلة الاشتراك ) لأن التشريك يقتضي التسوية، ( ويختص ) البطن ( الأعلى به ) أي بنصيب المتوفي الذي لم يوجد في درجته أحد ( في مسئلة الترتيب ) لأن الواقف قد رتب فيعمل بمقتضاه ، حيث لم يوجد الشرط المذكور ، ( وإن كان الوقف على البطن الأول ) كما لو قال : وقفت على أولادي ( على أن نصيب من مات منهم عن غير ولد لمن في درجته ، فكذلك ) أي كما تقدم من أن نصيب من مات عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منهم من أهل الوقف ، فإن لم يكن في درجته أحد اختص به الأعلى ، لأن الوقف مرتب ، ( فيستوي في ذلك كله ) أي في جميع ما تقدم من الصور من كان من أهل درجته وهم ( أخوته وبنو عمه وبنو بني عم أبيه ونحوهم ) كبني بني عم أبي أبيه ، لأنهم في درجته في القرب إلى الجد الذي يجمعهم والإطلاق يقتضي التسوية ، وكذا إناثهم ، حيث لا مخصص للذكور .

( إلا أن يقول ) الواقف : ( يقدم الأقرب فالأقرب إلى المتوفي ونحوه ) كأن يقول : يقدم ولد الظهر مثلاً ، ( فيختص ) الأقرب أو ولد الظهر ( به ) أي بنصيب الميت عملاً بالشرط ، ( وليس من الدرجة من هو أعلى ) من الميت كعمه ، ( ولا ) من هو ( أنزل) منه كابن أخيه ، ( وإن شرط ) الواقف ( أن نصيب المتوفي عن غير ولد لمن في درجته استحقه ) أي النصيب ( أهل الدرجة وقت وفاته ) عملاً بالشرط ، ( وكذا من سيوجد منهم ) لأنه من أهل الدرجة ، فالشرط منطبق عليه ، ( فـ ) على هذا ( إن حدث من هو أعلى من الموجودين ، وكان الشرط في الوقف استحقاق الأعلى ، فالأعلى ) كما لو وقف على أولاده ومن يولد له، ثم أولادهم، ثم أولاد أولادهم ما تناسلوا ومات أولاده وانتقل الوقف لأولادهم، ثم ولد له ولد ( أخذه ) أي أخذ الولد الوقف ( منهم ) أي من أولاد إخوته ، لأنه أعلى منهم درجة فلا يستحقون معه .

« **فائدة** » : لو قال : على أن من مات قبل دخوله في الوقف عن ولد ، وإن سفل وآل

الحال في الوقف إلى أنه لو كان المتوفي موجوداً لدخل قام ولده مقامه في ذلك ، وإن سفل واستحق ما كان أصله يستحقه من ذلك أن لو كان موجوداً ، فانحصر الوقف في رجل من أولاد الواقف ورزق خمسة أولاد مات أحدهم في حياة ولداه وترك ولد ، ثم مات الرجل عن أولاده الأربعة وولد ولده ، ثم مات من الأربعة ثلاثة عن غير ولد وبقي منهم واحد مع ولد أخيه استحق الولد الباقي أربعة أخماس ربع الوقف وولد أخيه الخمس الباقي ، أفتي به البدر محمد الشهاوي الحنفي، وتابعه الناصر الطبلاوي الشافعي، والشهاب أحمد البهوتي الحنبلي ولد عم والدي . ووجهه أن قول الواقف على أن من مات منهم قبل دخوله في هذا الوقف إلى آخره مقصور على استحقاق الولد لنصيب والده المستحَق له في حياته لا يتعداه إلى من مات من إخوة والده عن غير ولد بعد موته ، بل ذلك إنما يكون للإخوة الأحياء عملاً بقول الواقف : على أن من توفي منهم عن غير ولد إلى آخره، إذ لا يمكن إقامة الولد مقام أبيه في الوصف الذي هو الأخوة حقيقة بل مجازاً، والأصل حمل اللفظ على حقيقته . وفي ذلك جمع بين الشرطين وعمل بكل منهما في محله وذلك أولى من إلغاء أحدهما .



## فصل

والمستحب للواقف ( أن يقسم الوقف على أولاده للذكر مثل حظ الأنثى ) لأن القصد القربة على وجه الدوام ، وقد استووا في القرابة ، ( واختار الموفق ) وتبعه في الشرح والمبدع وغيره : يستحب أن يقسمه بينهم للذكر ( مثل حظ الأنثيين ) على حسب قسمة الله تعالى في الميراث كالعطية والذكر في مظنة الحاجة غالباً بوجوب حقوق ترتبت عليه بخلاف الأنثى ، ( فإن فضل ) الواقف ( بعضهم على بعض ، أو خص بعضهم بالوقف دون بعض ، فإن كان على طريق الأثرة ) بأن لم يكن لغرض شرعي ( كره ) لأنه يؤدي إلى التقاطع بينهم ، ( وإن كان ) التفضيل أو التخصيص ( على أن بعضهم ) أي لأجل أن المفضل أو المخصص ( له عيال أو به حاجة ) كمسكنة أو عمي ونحوه ، ( أو خص ) أو فضل ( المشتغلين بالعلم، أو ذا الدين دون الفساق، أو ) خص، أو فضل ( المريض ، أو ) خص ، ( أو ) فضل ( من له فضيلة ) ما من الفضائل ( من أجل فضيلته فلا بأس) بذلك نص عليه ، لأنه لغرض مقصود شرعاً .

( وإن وقف على بنيه أو بني فلان إختص به الذكور ) لأن لفظ البنين وضع لذلك

حقيقة . قال تعالى : ﴿ أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَنِينَ ﴾ [(١)] ، ﴿ الْمَالُ وَالْبَنُونَ زينة الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ [(٢)] ، فلا يدخل فيه الخنثى ، لأنه لا يعلم كونه ذكراً ، وكذلك لو وقف على بناته ، اختص به الإناث ولا يدخل فيهن الخنثى لما تقدم . قال في الشرح : لا نعلم فيه خلافاً ، ( إلا أن يكونوا قبيلة ) كبيرة ، قاله في الرعاية ، كبني هاشم ، وتميم ، وقضاعة ، ( فيدخل فيه النساء ) لقوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾ [(٣)] ، ولأن اسم القبيلة يشمل ذكرها وأنثاها . وروي أن جواري من بني النجار قلن :

نحن جَوَارِيٌ مِنْ بَنِي النجار ... يا حَبَّذَا محمد من جار

( دون أولادهن من غيرهم ) لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة الموقوف عليها بل إلى غيرها ، وكما لو قال : المنتسبين إلى ، ويدخل أولادهن منهم لوجود الانتساب حقيقة ولا يشمل مواليهم ، ( والحفيد ) ولد الابن والبنت (والسبط ولد الابن و) ولد ( البنت ) قاله ابن سيده .

( ولا يدخل مولى بني هاشم في الوصية لهم ) ولا في الوقف عليهم ، ( لأنه ليس منهم حقيقة ) فلا يتناوله اللفظ والوقف والوصية يعتبر فيهما لفظ الواقف ولفظ الموصي بخلاف لفظ صاحب الشريعة يعتبر فيه المعنى ، ( ولو قال الهاشمي ) : وقفت ( على أولادي، وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل من أولاد بنته من ليس هاشمياً ) لعدم وجود الوصف الذي اعتبره الواقف فيه . وأما الهاشمي ففي دخوله وجهان ، بناهما القاضي على الخلاف في أصل المسئلة . وقال الموفق : الأولى الدخول لوجود الشرطين ، (ويجدد حق حمل بوضعه ) فلا استحقاق له قبل انفصاله ، لأنه إذن لا يسمى ولداً ( من ثمر وزرع كمشتر ) فيستحق من ثمر لم يتشقق ، ومن أصول نحو بقل ، بخلاف ثمر تشقق وزرع لا يحصد إلا مرة ، فلا شيء له منه لأنه لا يتبع أصله بخلاف نحو الثمرة قبل التشقق ، لأنها تتبع أصلها فيستحقها مستحق الأصل ، ( وتقدم أول الباب ويشبه الحمل) فيما يستحقه من زرع وثمر ( إن قدم ) إنسان ( إلى ثغر موقوف عليه فيه ، أو خرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه ، وقياسه من نزل في مدرسة ونحوه ) وقال في الاختيارات : يستحق بحصته من المغل . ومن جعله كالولد فقد أخطأ ، وللورثة من المغل بقدر ما باشر موثرهم . انتهى .

قال في القواعد الفقهية : واعلم أن ما ذكرناه في استحقاق الموقوف عليه ههنا إنما هو إذا كان استحقاقه بصفة محضة ، مثل كونه ولداً أو فقيراً ونحوه . أما إن كان استحقاقه

---

(١) سورة الصافات ، الآية : ١٥٣ .
(٢) سورة الكهف ، الآية : ٤٦ .
(٣) سورة الإسراء ، الآية : ٧٠ .

الوقف عوضاً عن عمل وكان المغل كالأجرة فيقسط على جميع السنة ، كالمقاسمة القائمة مقام الأجرة حتى من مات في أثنائه استحق بقسطه ، وإن لم يكن الزرع قد وجد . قال: وبنحو ذلك أفتى الشيخ تقي الدين ، وأفتى الشيخ شمس الدين بن أبي عمر : بأن الاعتبار في ذلك بسنة المغل دون السنة الهلالية في جماعة مقررين في قرية حصل لهم حاصل في قريتهم الموقوفة عليهم ، فطلبوا أن يأخذوا ما استحقوه عن الماضي وهو مغل سنة خمس وأربعين مثلاً ، فهل يصرفه إليهم الناظر بحساب سنة خمس الهلالية ، أو بحساب سنة المغل مع أنه قد تنزل بعد هؤلاء المتقدمين جماعة شاركوا في حساب سنة المغل ، فإن أخذ أولئك على حساب السنة الهلالية لم يبق للمتقررين إلا شيء يسير ؟ أجاب بأنه لا يحتسب إلا بسنة المغل دون الهلالية ، ووافقه جماعة من الشافعية والحنفية على ذلك ، ( وشجر الحور الموقوف إن أدرك أوان قطعه في حياة البطن الأول فهو له ) أي للبطن الأول ، ( وإن مات ) البطن الأول ( وبقي ) الحور ( في الأرض مدة حتى زاد) الحور ( كانت الزيادة حادثة من منفعة الأرض التي للبطن الثاني، ومن الأصل الذي لورثة الأول ، فإما أن تقسم الزيادة على قدر القيمتين ، وإما أن يعطى الورثة أجرة الأرض للبطن الثاني ) والأول قياس ما تقدم في بيع الأصول والثمار ، ( وإن غرسه ) أي الحور ( البطن الأول من مال الوقف، ولم يدرك ) أوان قطعه ( إلا بعد انتقاله إلى البطن الثاني فهو لهم ) أي للبطن الثاني ، ( وليس لورثة الأول فيه شيء ) لأنه يتبع أصله في البيع فتبعه في انتقال الاستحقاق كما تقدم في الثمر غير المشقق ، ( قاله الشيخ ) رحمه الله .

( وإن وقف ) إنسان ( على عقبه )، أو عقب غيره، أو نسله، أو ولد ولده ، أو ذريته ( دخل فيه ) أي الوقف ( ولد البنين وإن نزلوا ) لتناول اللفظ لهم ، (ولا يدخل) فيه ( ولد البنات بغير قرينة ) لأنهم لا ينتسبون إليه ( كما تقدم ) وعنه يدخلون قدمها في المحرر والرعاية ، واختارها أبو الخطاب في الهداية ، لأن البنات أولاده وأولادهن أولاد أولاده حقيقة لقوله تعالى : ﴿ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَعِيسَى ﴾ (1) ، وهو ولد بنته، وقوله ﷺ : « إِنَّ ابْنِي هَٰذَا سَيِّدٌ » (2) الحديث ، يعني الحسن ، رواه البخاري. قال في الشرح : والقول بدخولهم أصح وأقوى دليلاً . انتهى .

وأجيب عن الحديث بأنه على المجاز بدليل قوله تعالى : ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ (3)، وعن الآية بأن إدخال عيسى في الذرية لأنه لا أب له ، وأصل النسل من النسالة وهي شعر الدابة إذا سقط عن جسدها ، وأعقب الرجل ترك عقباً وعقب إذا خلف

---

(1) سورة الأنعام ، الآية : ٨٤ .

(2) الحديث من رواية أبي بكرة ، أخرجه البخاري في الصحيح : ٥/٣٠٦ - ٣٠٧ ، كتاب الصلح ، باب قول النبي ﷺ للحسن ابن علي ، الحديث (٢٧٠٤) ضمن رواية مطولة .

(3) سورة الأحزاب ، الآية : ٤٠ .

والذرية من ذرأ الله الخلق أي خلقهم ، أبدلت الهمزة ياء ، وقيل : من ذري الله الخلق أي نشرهم ، وقيل غير ذلك .

( وإن وقف على قرابته أو ) على ( قرابة فلان ، فهو ) أي الوقف ( للذكر والأنثى من أولاده وأولاد أبيه ، و) أولاد ( جده ، و) أولاد ( جد أبيه أربعة آباء ) فقط ، لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى ، فلم يعط منه لمن هو أبعد ، كبني عبد شمس وبني نوفل شيئاً . ولا يقال : هما كبني المطلب ، فإنه ﷺ علل الفرق بينهم وبين من ساواهم ممن سواهم في القرب بأنهم لم يفارقوا في جاهلية ولا إسلام ( يستوي فيه ) أي في الوقف على القرابة ( ذكر، وأنثى، وصغير، وكبير، وغني، وفقير ) لعموم القرابة لهم ، ( ولا يدخل فيه ) أي في الوقف على القرابة ( من يخالف دينه دينه ) أي الواقف، فإن كان الواقف مسلماً لم يدخل في قرابته كافرهم ، وإن كان كافراً لم يدخل المسلم في قرابته إلا بقرينة ( كما يأتي قريباً ، ولا ) يدخل في الوقف على قرابته ( أمه ولا قرابته من قبلها ) لأنه ﷺ لم يعط من سهم ذوي القربى قرابته من جهة أمه شيئاً ، ( إلا أن يكون في لفظه ) أي الواقف ( ما يدل على إرادة ذلك ) أي الدخول ( كقوله : ويفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي ، أو قوله : إلا ابن خالتي فلاناً أو نحو ذلك ) فيعمل بمقتضى القرينة ، ( أو ) وجدت ( قرينة تخرج بعضهم ، عمل بها ، ويأتي في الوصايا حكم أقرب قرابته أو الأقرب إليه ) مفصلاً ، ( وأهل بيته ) إذا وقف عليهم كقرابته ، ( وقومه ) كقرابته ( ونسباؤه ) كقرابته ، ( وأهله ) كقرابته ( وآله كقرابته ) لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تَحِلُّ الصَّدَقَةَ لِي وَلا لأَهْلِ بَيْتِي » [1] ، وفي رواية : « إنَّا آلَ مُحَمَّدٍ لا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ » [2] ، فجعل سهم ذوي القربى لهم عوضاً عن الصدقة التي حرمت عليهم ، فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته، احتج بذلك الإمام . وروي عن ثعلب أن أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم .

( والعترة : العشيرة ، وهي ) أي العشيرة قبيلته . قال الصديق رضي الله عنه في محفل من الصحابة : « نَحْنُ عِتْرَةُ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَبَيْضَتُهُ الَّتِي تَفَقَّأَتْ عَنْهُ » ولم ينكره أحد وهم أهل اللسان ، ( وذوو رحمه قرابته من جهة أبويه ) وأولاده وأولادهم ، وإن نزلوا ، لأن الرحم يشملهم ، ( ولو جاوزوا أربعة آباء فيصرف ) الوقف على ذوي رحمه ( إلى كل من يرث بفرض، أو عصبة، أو بالرحم ) لشموله لهم، ( والأشراف أهل بيت

---

(١) الحديث متفق عليه ، وهو عند البخاري في كتاب الزكاة ، باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ وأخرجه مسلم في كتاب الزكاة ، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله .

(٢) الحديث من رواية عبد المطلب بن ربيعة أخرجه مسلم في الصحيح : ٧٥٣/٢ ، كتاب الزكاة ، باب ترك استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة ، الحديث (١٠٧٢/١٦٧) ضمن رواية مطولة .

النبي ﷺ . قال الشيخ : وأهل العراق كانوا لا يسمون شريفاً إلا من كان من بني العباس ، وكثير من أهل الشام وغيرهم ) كأهل مصر ( لا يسمون شريفاً إلا من كان علوياً . انتهى ) بل لا يسمون شريفاً إلا من كان من ذرية الحسن والحسين ، ولو وقف على آل جعفر وآل علي ، فقال أبو العباس : أفتيت أنا وطائفة من الفقهاء أنه يقسم بين أعيان الطائفتين ، وأفتي طائفة أنه يقسم نصفين ، فيأخذ آل جعفر النصف وإن كانوا واحداً وهو مقتضي أحد قولي أصحابنا. انتهى. قلت: وهو مقتضي ما تقدم في مواضع.

( وجمع المذكر السالم كالمسلمين وضميره ) وهو الواو ( يشمل النساء ) لقوله تعالى : ﴿ قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ ﴾ [1] ( لا عكسه ) وهو جمع المؤنث السالم وضميره ، فلا يشمل الذكر ، إذ لا يغلب غير الأشرف عليه ، ( وإن قال ) هذا وقف ( لجماعة ) من الأقرب إليه ، ( أو ) هذا وقف ( لجمع من الأقرب إليه فثلاثة ) ويشمل أهل الدرجة وإن كثروا لعدم المخصص ، ( ويتمم ) الجمع ثلاثة ( مما بعد الدرجة الأولى ) إذا لم يكن فيها ثلاثة، فإذا كان له ولدان وأولاد ابن تمم الجمع بواحد من أولاد الابن يخرج بقرعة ، (والأيامي ) يشمل الذكر والأنثى . قال تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ ﴾ [2] ، (والعزاب ) يشمل الذكر والأنثى . يقال : رجل عزب وامرأة عزب . قال ثعلب : وإنما سمي عزبا لانفراده ، وكل شيء انفرد فهو عزب . وفي صحيح البخاري عن ابن عمر : « وكُنْتُ شَاباً أعْزَبَ » ، ولا فرق في ذلك بين البكر وغيره . قال في الفروع : والعزب والأيم غير المتزوج ، ( والبكر ) يشمل الذكر والأنثى ، ( والثيب ) يشمل الذكر والأنثى ( والعانس ) يشمل الذكر والأنثى ، ( والأخوة ) يشمل الذكر والأنثى ، ( والعمومة يشمل الذكر والأنثى ، والأخوات للأناث ) خاصة ، ( فالأيامي والعزاب من لا زوج له من رجل وامرأة ، والأرامل النساء اللاتي فارقهن أزواجهن بموت أو حياة ) لأنه المعروف بين الناس . قال جرير :

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها  فمن لحاجــة هذا الأرمل الذكر ؟

فأطلق الأول ، حيث أراد به الإناث ، لأنه موضوع له ، ووصفه في الثاني بالذكر ، لأنه لو أطلقه لم يفهم . وفي تعليق القاضي : الصغيرة لا تسم أيما ، ولا أرملة عرفاً ، وإنما ذلك صفة للبالغ ، ( وبكر من لم يتزوج ) من رجل وامرأة ، ( و ) يقال : (رجل ثيب وامرأة ثيبة إذا كانا قد تزوجا ، والثيوبة زوال البكارة ) بالوطء ، ( ولو من غير زوج) كسيد ووطء شبهة وزنا ، ( والرهط ، ما دون العشرة من الرجال خاصة لغة ) لا واحد له من لفظه ، والجمع أرهط وأرهاط وأراهط وأراهيط . وقال في كشف المشكل

---

(١) سورة المؤمنون ، الآية : ١ .  (٢) سورة النور ، الآية : ٣٢ .

الرهط ما بين الثلاثة إلى العشرة ، وكذا قال : النفر من ثلاثة إلى عشرة ، قاله في الفروع ، ( وأهل الوقف المتناولون له ، والعلماء حملة الشرع ) وهم أهل التفسير والحديث والفقه أصوله وفروعه ، ( من غني وفقير لا ذو أدب، ونحو، ولغة، وتصريف وعلم كلام، وطب، وحساب، وهندسة، وهيئة، وتعبير رؤيا، وقراءة قرآن، وإقرائه، وتجويده . وذكر ابن رزين فقهاء ومتفقة كعلماء ) . قلت : مدلول فقهاء العلماء بالفقه والمتفقهة طلبة الفقه ( وأهل الحديث مَن عرفه ولو حفظ أربعين حديثاً لا من سمعه ) من غير معرفة ، (والقراء الآن ) أي في عرف هذا الزمان ( حفاظ القرآن ، و) القراء ( في الصدر الأول هم الفقهاء وأعقل الناس الزهاد ) لأنهم أعرضوا عن الفاني للباقي . ( قال ابن الجوزي: وليس من الزهد ترك ما يقيم النفس، ويصلح أمرها، ويعينها على طريق الآخرة ، فإنه زهد الجهال ، وإنما هو ) أي الزهد ( ترك فضول العيش و ) هو ( ما ليس بضرورة في بقاء النفس ) أي نفسه ونفس عياله ( على هذا كان النبي ﷺ وأصحابه ) ويؤيده قوله عليه الصلاة والسلام : « كَفَى بِالْمَرْءِ إثماً أنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَعُولُ » (١) .

( واليتيم من لم يبلغ ولا أب له ) من ذكر أو أنثى ، ولا يدخل فيه ولد زنا ، ( ولو جهل بقاء أبيه ، فالأصل بقاؤه في ظاهر كلامهم ، وإن وقف على أهل قريته أو ) على ( إخوته ونحوهم ) كأعمامه أو جيرانه ، ( أو وصي لهم ) بشيء ( لم يدخل فيهم من يخالف دينه ، سواء كان كافراً أو مسلماً ( إلا بقرينة ) تدل على دخولهم فيدخلون ، (كالصريح) أي كما لو صرح بدخولهم ، ومن القرينة ما ذكره بقوله : ( وإن كانوا كلهم كفاراً ) دخلوا ، لأن عدم دخولهم يؤدي إلى رفع اللفظ بالكلية ، ( وفيهم ) أي أو كان فيهم ( مسلم واحد والباقي كفار والواقف مسلم دخلوا ) لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جداً ، ( وإن كان ) الواقف كافراً ، و( فيهم كافر على غير دين الواقف الكافر لم يدخل ) الكافر المغاير لدينه كما لا يرثه ، ( وإن وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم) كبنيه أو بني فلان وليسوا قبيلته، أو مواليه، أو موالي غيره (وجب تعميمهم) بالوقف ، ( والتسوية بينهم ) فيه لأن اللفظ يقتضي ذلك وأمكن الوفاء به ، فوجب التعميم بمقتضاه ، ( كما لو أقر لهم ) بمال ( وإن أمكن حصرهم في ابتدائه ) أي الوقف ( ثم تعذر ) بكثرة أهله ( كوقف علي رضي الله عنه ، عمم من أمكن منهم ) بالوقف، (وسوى بينهم ) فيه ، لأن التعميم والتسوية كانا واجبين في الجميع، فإذا تعذرا في بعض

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح : ٦٩٢/٢ ، كتاب الزكاة ، باب فضل النفقة على العيال ، الحديث (٩٩٦/٤٠) ، وذكره البغوي في المصابيح ، كتاب النكاح ، باب النفقات وحق المملوك .

وجبا فيما لم يتعذرا فيه ، كالواجب الذي تعذر بعضه ، ( وإن لم يمكن حصرهم ابتداء كالمساكين والقبيلة الكبيرة كبني هاشم وبني تميم جاز التفضيل ) بينهم ، ( والاقتصار على واحد منهم ) لأن مقصود الواقف عدم مجاوزة الجنس ، وذلك حاصل بالدفع إلى واحد منهم ، وإذا جاز الاقتصار على واحد فالتفضيل أولى ، ( وكالوقف على المسلمين كلهم أو على ) أهل ( إقليم كالشام ، و ) على أهل ( مدينة كدمشق ) فيجوز التفضيل والاقتصار على واحد ، ( وإن وقف على الفقراء والمساكين تناول الآخر ) فهما صنفان حيث اجتمعا ، فإن افترقا اجتمعا ، ( و ) متى كان الوقف على أصناف كالفقراء، وأبناء السبيل، والغزاة ونحوهم ، فـ ( من وجد فيه صفات ) بأن كان ابن سبيل غازياً غارماً (استحق بها ) أي بالصفات كالزكاة ، ( ولو وقف على أصناف الزكاة ، أو ) على (صنفين فأكثر ) من أصناف الزكاة ، ( أو ) وقف على ( الفقراء أو المساكين جاز الاقتصار على صِنْفٍ كزكاة ) لما تقدم من أن مقصود الواقف عدم مجاوزتهم ، وذلك حاصل بالدفع إلى صنف منهم بل إلى شخص واحد .

( ولا يعطي فقير ) ولا غيره من أهل الزكاة ( أكثر مما يعطاه من زكاة ) إن كان الوقف على صنف من أصناف الزكاة كالرقاب والغارمين ، لأن المطلق من كلام الآدمي يحمل على المعهود في الشرع ، فيعطي فقير ومسكين تمام كفايتهما مع عائلتهما سنة ، ومكاتب وغارم ما يقضيان به دينهما، وابن سبيل ما يحتاجه لعوده لبلده، وغاز ما يحتاجه لغزوه، وهكذا ، ( وإن وقف على مواليه وله موال من فوق ) فقط ، وهم من أعتقوه اختص الوقف بهم ، ( أو ) وقف على مواليه وله موال ( من أسفل ) فقط وهم عتقاؤه ( اختص الوقف بهم ، وإن كان له موال من فوق ، و) موال ( من أسفل تناول ) الوقف (جميعهم فيستوون فيه ) لأن الاسم يتناولهم على السواء ، ومتى انقرض مواليه فلعصبتهم ، ( وإن عدم الموالي ) بأن لم يكن له موال حين قال : وقفت على موالي ( كان ) الوقف ( لموالي العصبة ) لأن الاسم يشملهم مجازاً مع تعذر الحقيقة ، فإن كان له موال ثم انقرضوا لم يرجع من الوقف شيء لموالي عصبته ، لأن الاسم يتناول غيرهم ، فلا يعود إليهم إلا بعقد جديد ، ولم يوجد . قال في الفروع : ولا شيء لموالي عصبته إلا مع عدم مواليه ابتداء ، ( والشاب والفتى من البلوغ إلى الثلاثين ، والكهل من حد الشباب ) وهو الثلاثون ( إلى الخمسين والشيوخ منها ) أي الخمسين ( إلى السبعين . والهرم منها ) أي السبعين ( إلى الموت ، وأبواب البر : القرب كلها ) لأن البر اسم جامع لأنواع الخير ، (وأفضلها الغزو ) لما تقدم في صلاة التطوع ، ( ويبدأ به ) أي بالغزو لأنه الأفضل .

( والوصية كالوقف فيـ ) ما ذكر في ( هذا الفصل ) لأن مبناها على لفظ الموصي

أشبهت الوقف . قال في الفروع : والأصح دخول وارثه في وصيته لقرابته ، خلافاً للمستوعب ، ومن لم يجز من الورثة بطل في نصيبه ولو وصي بعتق أمه فأنثى والعبد ذكر ، ولو وصى بأضحية ذكر أو أنثى ، فضحوا بغيره خيراً منه جاز . وعلله ابن عقيل بزيادة خير في المخرج ، ( ويأتي في باب الموصي له ذكر ألفاظ لم تذكر هنا كلفظ الجيران ، وأهل السكة وغير ذلك ، فليراجع هناك ، لأن الوقف كالوصية ) قال في الإنصاف : لكن الوصية أعم من الوقف على ما يأتي .



## ( فصل في لزوم الوقف )[1]

والوقف عقد لازم . قال في التلخيص وغيره : أخرجه مخرج الوصية ، أو لم يخرجه (لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها ) لأنه عقد يقتضي التأبيد ، فكان من شأنه ذلك ، (ويلزم ) الوقف ( بمجرد القول بدون حكم حاكم ) لقوله ﷺ : « لا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَا تُوهَبُ وَلَا تُورَثُ »[2] قال الترمذي : العمل على هذا الحديث عند أهل العلم ، وإجماع الصحابة على ذلك ، وكالعتق ، وقوله : « بمجرد القول » جرى على الغالب ، وإلا فالفعل مع الدال على الوقف يلزم بمجرده أيضاً ، ويحرم . ( ولا يصح بيعه، ولا هبته، ولا المناقلة به ) أي إبداله ولو بخير منه ( نصاً ) للحديث السابق ، وقد صنف الشيخ يوسف المرداوي كتاباً لطيفاً في رد المناقلة وأجاد وأفاد ، ( إلا أن تتعطل منافعه ) أي الوقف (المقصودة منه بخراب ) له أو لمحلته ( أو غيره مما يأتي التنبيه عليه بحيث لا يرد ) الوقف ( شيئاً ) على أهله ، ( أو يرد شيئاً لا يعد نفعاً ) بالنسبة إليه ، ( وتتعذر عمارته وعود نفعه ) بأن لا يكون في الوقف ما يعمر به ، ( ولو ) كان الخارب الذي تعطلت منفعته وتعذرت إعادته ( مسجداً حتى يضيقه على أهله ) المصلين به ، ( وتعذر توسيعه ) في محله ، ( أو ) كان مسجداً وتعذر الانتفاع به لـ ( خراب محلته ) أي الناحية التي بها المسجد ، ( أو كان موضعه ) أي المسجد ( قذراً فيصحُ بيعه ) ويصرف ثمنه في مثله ، للنهي عن إضاعة المال وفي إبقائه إذن إضاعة ، فوجب الحفظ بالبيع ، ولأن المقصود انتفاع الموقوف عليه بالثمرة لا بعين الأصل من حيث هو ، ومنع البيع إذن مبطل لهذا المعنى الذي اقتضاه الوقف ، فيكون خلاف الأصل ، ولأن فيما نقول بقاء للوقف بمعناه حين تعذر الإبقاء بصورته ، فيكون متعيناً . وعموم : « لا يباع أصلها » مخصوص بحالة تأهل الموقوف للانتفاع المخصوص لما ذكرناه . قال ابن رجب : ويجوز في أظهر الروايتين عن أحمد أن يباع ذلك المسجد ، ويعمر بثمنه مسجد آخر في قرية أخرى إذا لم يحتج

---

(١) العنوان من وضع المحقق لزيادة بيان وليس في جميع النسخ .
(٢) سبق تخريجه في عدة مواضع .

إليه في القرية الأولى . والوقف على قوم بعينهم أحق بجواز نقله إلى مدينتهم من المسجد ( و ) يصح بيع ( شجرة ) موقوفة ( يبست ، و ) بيع ( جذع ) موقوف ( انكسر أو بلى، أو خيف الكسر، أو الهدم ) قال في التلخيص: إذا أشرف جذع الوقف على الانكسار، أو داره على الانهدام ، وعلم أنه لو أخر الخرج عن كونه منتفعاً به ، فإنه يباع رعاية للمالية أو ينقض تحصيلاً للمصلحة . قال الحارثي : وهو كما قال . قال : والمدارس، والربط والخانات المسبلة ونحوها جائز بيعها عند خرابها على ما تقدم وجهاً واحد ، ( و ) يصح ( بيع ما فضل من نجارة خشبه ونحاتته ) أي الموقوف لما تقدم ، ( ولو شرط ) الواقف عدمه أي البيع ( إذن ) أي في الحال التي قلنا : يباع فيها ، ( فشرط فاسد ) لحديث : «مَا بَالُ أقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ» [1] إلى آخره .

( و ) حيث يباع الوقف فإنه ( يصرف ثمنه في مثله ) لأن في إقامة البدل مقامه تأبيداً له وتحقيقاً للمقصود ، فتعين وجوبه ، ( أو بعض مثله ) إن لم يمكن في مثله ويصرف في جهته ، ( وهي مصرفه ) لامتناع تغيير المصرف مع إمكان مراعاته .

( فإن تعطلت ) جهة الوقف التي عينها الواقف ( صرف في جهة مثلها ، فإذا وقف على الغزاة في مكان ، فتعطل فيه الغزو صرف ) البدل ( إلى غيرهم من الغزاة في مكان آخر كما سيأتي قريباً ) تحصيلاً لغرض الواقف في الجملة حسب الإمكان .

( ويجوز نقل آلة المسجد الذي يجوز بيعه ) لخرابه، أو خراب محلته، أو قذر محله ، (و) نقل ( أنقاضه إلى مثله إن احتاجها ) مثله . واحتج الإمام بأن ابن مسعود رضي الله عنه « قَدْ حَوَّلَ مَسْجِدَ الجَامِعِ مِنَ التَّمَارِينَ أَيْ بِالْكُوفَةِ » .

( وهو ) أي نقل آلاته وأنقاضه إلى مثله ( أولى من بيعه ) لبقاء الانتفاع من غير خلل فيه ، وعلم من قوله: « إلى مثله » أنه لا يعمر بآلات المسجد مدرسة، ولا رباط، ولا بئر ولا حوض، ولا قنطرة ، وكذا آلات كل واحد من هذه الأمكنة لا يعمر بها ما عداه ، لأن جعلها في مثل العين ممكن ، فتعين لما تقدم ، قاله الحارثي ، ( ويصير حكم المسجد) بعد بيعه ( للثاني ) الذي اشترى بدله . وأما إذا نقلت آلته من غير بيع فالبقعة باقية على أنها مسجد . قال حرب : قلت لأحمد رجل بني مسجداً ، فأذن فيه ثم قلعوا هذا المسجد وبنوا مسجداً آخر في مكان آخر ، ونقلوا خشب هذا المسجد العتيق إلي ذلك المسجد ؟ قال : يرموا هذا المسجد الآخر العتيق . قال الحارثي : فلم يمنع النقل منع البيع وإخراج البقعة عن كونها مسجداً ، ( ويصح بيع بعضه ) أي الوقف ( لإصلاح ما بقي منه ) لأنه إذا جاز بيع الكل عند الحاجة فبيع البعض مع بقاء البعض أولى ( إن اتحد

---

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ، وأخرجه مسلم في كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق .

الواقف كالجهة ) الموقوف عليها ( إن كان ) الموقوف ( عينين ) على جهة واحدة من واقف واحد فتباع إحداهما لإصلاح لأخرى لما تقدم ، ( أو ) كان الموقوف ( عيناً ) فيجوز بيع بعضها لإصلاح باقيها لما تقدم ، ( و ) محل ذلك إن لم ( تنقص القيمة ) أي قيمة العين المبيع بعضها ( بتشقيص ) أي ببيع بعضها ، ( وإلا ) بأن نقصت بذلك ( بيع الكل ) كبيع وصي لدين أو حاجة ، بل هذا أسهل لجواز تغيير صفاته لمصلحة وبيعه على قول ، قاله في الفروع : وإن توقفت عمارة المسجد على بيع بعض آلاته جاز لأنه الممكن من المحافظة على الصورة مع بقاء الانتفاع، ولا يعمر وقف من آخر ولو على جهته، ( وأفتى عبادة ) من أئمة أصحابنا ( بجواز عمارة وقف على آخر أي من ريعه على جهته) ذكره ابن رجب في طبقاته . قال في الإنصاف : وهو قوى بل العمل عليه ، لكن قال شيخنا، يعني ابن قندس في حواشي الفروع : إن كلامه في الفروع أظهر ، أي لا يعمر وقفاً من ريع آخر ، وإن اتحدت الجهة ، ( ويجوز اختصار آنية ) موقوفة متعطلة (إلى أصغر منها وإنفاق الفضل على الإصلاح ) محافظة على بقاء عين الوقف ، فإن تعذر اختصارها بيعت ، وصرف ثمنها في آنية مثلها رعاية للنفع الذي لأجله وقفت .

( ويجوز تجديد بناء المسجد لمصلحة ) لحديث عائشة أن النبي ﷺ قال لها : « لَوْلا أنَّ قَوْمَك حديثُ عَهْدٍ بجاهليةٍ لأمَرْتُ بالْبَيْتِ فَهُدِمَ ، فَأدْخَلْتُ فيه مَا أُخْرِجَ مِنْهُ وألْزَقْتُهُ بِالأرْضِ وَجَعَلْتُ لَهُ بَابَيْنِ بَاباً شَرْقِياً ، وَبَاباً غَرْبِياً ، فَبَلَغْتُ بِهِ أسَاسَ إبْرَاهِيم »[1] رواه البخاري .

و( لا ) يجوز ( قسمه ) أي المسجد ( مسجدين ببابين إلى دربين مختلفين ) لأنه تغيير لغير مصلحة له . قال في الاختيارات : وجوز جمهور العلماء تغيير صورة الوقف للمصلحة ، كجعل الدور حوانيت والحكورة المشهورة ، ( ويجوز نقض منارته ) أي المسجد ( وجعلها في حائطه لتحصينه ) من نحو كلاب ، نص عليه في رواية محمد بن الحكم[2] ، ( وحكم فرس حبيس ) أي موقوف على الغزو ( إذا لم يصلح ) الفرس (لغزو كوقف فيباع ويشتري بثمنه ما ) أي فرساً ( يصلح للغزو ) قال في رواية أبي داود[3] : الذي يعجف ، يعني من الدواب التي تحبس فلا ينتفع به في بلاد الروم لا ينفع إلا للطحن أو نحوه ، يباع ثم يجعل ثمنه في حبيس .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الحج ، باب فضل مكة وبنيانها .

(٢) ذكره صاحب المنهج الأحمد بقوله : محمد بن الحكم أبو بكر الأحول وعدد مناقبه ، وقال : توفى سنة ثلاث وعشرين ومائتين ، راجع المصدر المذكور (١٧/ ٨٠) ، جزء ١ ، والطبقات رقم (٤٠٤) ، والخلاصة (ص٣٣٣) ، والتهذيب : ٩/ ١٢٤ .

(٣) ذكره صاحب المنهج الأحمد بقوله : سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو بن عمران الأزدي « أبو داود السجستاني » ، راجع المصدر المذكور (١٢٣/ ١٧٥) ، جزء ١ ، =

« تنبيه » : عبارة المصنف وغيره : يباع أو بيع ونحوه فيما تقدم . قال الحارثي : وما في عبارة أحمد من ذلك كله يقتضي وجوب البيع حال التعطل ، وبه صرح في المغني والتلخيص ، ( وبمجرد شراء البدل ) أي بدل ما بيع من الوقف، أو أتلف ونحوه (يصير البدل ( وقفاً كبدل أضحية ، و) بدل ( رهن أتلف ) قال ابن قندس في حواشي المحرر: الذي يظهر أنه متى وقع الشراء لجهة الوقف على الوجه الشرعي ، ولزم العقد أنه يصير وقفاً ، لأنه كالوكيل في الشراء والوكيل يقع شراؤه للموكل ، فكذا هنا يقع شراؤه للجهة المشترى لها ، ولا يكون ذلك إلا وقفاً . انتهى .

فيؤخذ منه أنه لو قصد الشراء لنفسه بمال الوقف لم يكن ما اشتراه وقفاً ، ويطالب ليشتري به ما يكون وقفاً وأنه لا يصير وقفاً إذا اشتراه للوقف إلا بعد لزوم البيع بأن ينقضي الخيار، ( والاحتياط وقفه) لئلا ينقضه بعد ذلك من لا يرى وقفيته بمجرد الشراء، ( ويبيعه ) أي الوقف ( حاكم ) بلده ( إن كان ) الوقف ( عل سبل الخيرات ) لأنه فسخ لعقد لازم مختلف فيه اختلافاً قوياً فتوقف على الحاكم ، كما قيل في الفسوخ المختلف فيها ( وإلا ) يكون على سبل الخيرات ، بأن كان عل شخص معين، أو جماعة معينين، أو من يؤم ، أو يؤذن في هذا المسجد ونحوه ، قاله في شرح المنتهى .

( فـ ) يبيعه ( ناظره الخاص ) إن كان ، ( والأحوط إذن حاكم له ) أي للناظر الخاص في بيعه ، لأنه يتضمن البيع على من سينتقل إليهم بعد الموجودين الآن ، أشبه البيع على الغائب ، ( فإن عدم ) الناظر الخاص ، ( فـ ) يبيعه ( حاكم ) لعموم ولايته ، (ويجوز بيع آلته ) أي الوقف ( وصرفها في عمارته ) إن احتاج إلى ذلك لما تقدم ، (وما فضل عن حاجة المسجد من حصره، وزيتته، ومغله، وأنقاضه، وآلته، وثمنها ) إذا بيعت ( جاز صرفه إلى مسجد آخر محتاج ) إليه ، لأنه صرف في نوع المعين ، ( و ) جازت (الصدقة بها) أي بالمذكورات ( على فقراء المسلمين ) لأنه في معنى المنقطع. قال الحارثي: وإنما لم يرصد لما فيه من التعطل فيخالف المقصود ، ولو توقعت الحاجة في زمن آخر ولا ريع يسد مسدها لم يصرف في غيرها ، لأن الأصل الصرف في الجهة المعينة ، وإنما سومح بغيرها ، حيث لا حاجة حذراً من التعطل ، وخص أبو الخطاب والمجد الفقراء بفقراء جيرانه لاختصاصهم بمزيد ملازمته والعناية بمصلحته. قال الحارثي: والأول أشبه .

( قال الشيخ ) : يجوز صرف الفاضل في مثله ، ( وفي سائر المصالح ، و) في ( بناء مساكن لمستحق ريعه القائم بمصلحته وفضل غلة موقوف على معين استحقاقه مقدر ) من الوقف ( بتعين إرصاده ، ذكره ) القاضي محمد ( أبو الحسين ، واقتصر عليه الحارثي )

---

= وكذا الطبقات رقم (٢١٦) ، والخلاصة (ص/ ١٥٠) ، وتهذيب التهذيب : ١٦٩/٤ ، وفيه ابن عمرو بن عامر ، ويقال : عمران ، وتاريخ بغداد (٤٦٣٨ فى : ٥٥/٩) .

قال : وأما فضل غلة الموقوف على معين ، أو معينين ، أو طائفة معينة فتعين إرصاده ، ذكره القاضي أبو الحسين في فضل غلة الموقوف على نفقة إنسان ، وإنما يتأتى إذا كان الصرف مقدراً ، أما عند عدم التقدير ، فلا فضل، إذ الغلة مستغرقة. قال في الإنصاف: وهو واضح وقطع به في المنتهي . ( وقال الشيخ : إن علم أن ريعه يفضل دائماً وجب صرفه، لأن بقاءه فساد ) له ، ( وإعطاؤه ) أي المستحق ( فوق ما قدره الواقف جائز ) لأن تقديره لا يمنع استحقاقه . ( قال : ولا يجوز لغير الناظر صرف الفاضل ) لأنه افتيات على من له ولايته . قلت : والظاهر لا ضمان كتفرقة هدي وأضحية .

( ومن وقف على ثغر فاختل ) الثغر ( صرف ) الموقوف ( في ثغر مثله ) أخذاً من مسألة بيع الوقف إذا خرب ، إذ المقصود الأصلي هنا الصرف إلى المرابط . فإعمال شرط الثغر المعين معطل له ، فوجب الصرف إلى ثغر آخر . قال في التنقيح : ( وعلى قياسه مسجد ورباط ونحوهما ) وهو ما صرح به الحارثي . قال : والشرط قد يخالف للحاجة كالوقف على المتفقه على مذهب معين . فإن الصرف يتعين عند عدم المتفقهة على ذلك المذهب إلى المتفقهة على مذهب آخر أخذاً من مسألة بيع الوقف إذا خرب . قال : ولو وقف على مسجد أو حوض وتعطل الانتفاع بهما صرف إلى مثلهما ولو نذر التصدق بمال في يوم مخصوص من السنة وتعذر فيه وجب متى أمكن .

( ونص ) أحمد ( فيمن وقف على قنطرة ) فانحرف الماء ، أو انقطع ( يرصد لعله ) أي الماء ( يرجع ) فيحتاجون إلى القنطرة ، وقدم الحارثي : يصرف إلى قنطرة أخرى لما تقدم ( ويحرم حفر بئر ) في مسجد لأن منفعته مستحقة للصلاة فتعطيلها عدوان . ونص على المنع في رواية المروذي .

( و ) يحرم ( غرس شجرة في مسجد ) لما تقدم ، ( فإن فعل ) بأن حفر أو غرس (قلعت) الشجرة ، ( وطمت ) البئر لما تقدم ، ( فإن لم تقلع ) الشجرة ( فثمرها لمساكين المسجد . وقال الحارثي : التقييد بأهل المسجد فيه بحث ، والأقرب حله لغيرهم من المساكين أيضاً ، ( ويتوجه جواز حفر بئر ) فى المسجد ( إن كان فيه مصلحة ولم يحصل به ضيق . قال في الرعاية : لم يكره أحمد حفرها فيه ) أي المسجد ، لكن يرده ما تقدم من رواية المروذي ، ( وإن كانت الشجرة مغروسة قبل بنائه ) أي المسجد ، ( ووقفها معه فإن عين ) الواقف ( مصرفها عمل به ) كسائر الشروط ، ( وإلا ) يعين مصرفها ، (فكوقف منقطع ) تصرف ثمرتها لورثة الواقف نسباً وقفاً ، فإن انقرضوا فلمساكين ، (ولا يجوز نقل المسجد ) ولا بيعه ( مع إمكان عمارته بدون العمارة الأولى ) لأن الأصل المنع. فيجوز للحاجة وهي منتفية هنا ، ( ويجوز رفعه ) أي المسجد ( إذا أراد أكثر أهله ذلك )

أي رفعه ، ( وجعل تحت سفله سقاية وحوانيت ) نص عليه في رواية أبي داود ، ومنع منه الموفق وابن حامد ، وتأولا نص الرفع لأجل السقاية على حالة إنشاء المسجد ، وسموه مسجداً بما يؤول إليه ، وصححه في الشرح ورده الحارثي من وجوه كثيرة . (قال ابن عقيل ( في الفنون : لا بأس بتغيير حجارة الكعبة إن عرض لها مرمة ، لأن كل عصر احتاجت ) الكعبة ( فيه إليه ) أي إلى تغيير الحجارة ( قد فعل ولم يظهر نكير، ولو تعينت الآلة لم يجز ) التغيير ( كالحجر الأسود ) فلا يجوز تغييره ، ( ولا يجوز نقله ) من موضعه إلى موضع آخر ، ( ولا يقوم مقامه ) مع وجوده ، ( ولا ينتقل النسك معه ) إذا نقل من موضعه .. إلخ ، ( ويكره نقل حجارتها عند عمارتها إلى غيرها ) أي الكعبة ، ولعل المراد يحرم لقوله : ( كما لا يجوز ضرب تراب المساجد لبناء في غيرها ) أي المساجد ( بطريق الأولى ) لما تقدم من أنه يتعين صرف الوقف للجهة المعينة . ( قال ) في الفنون : ( ولا يجوز أن تعلى أبنيتها زيادة على ما وجد من علوها ) وأنه يكره الصك فيها وفي أبنيتها إلا بقدر الحاجة . ( قال في الفروع : ويتوجه جواز البناء على قواعد إبراهيم ﷺ يعني إدخال الحِجْر في البيت ) وجعل بابين له ، ( لأن النبي ﷺ لولا المعارض في زمنه ) وهو أن قومه حديث عهدهم بجاهلية ( لفعله ، كما في حديث عائشة ) السابق . ( قال ابن هبيرة فيه ) أي حديث عائشة ( يدل على جواز تأخير الصواب لأجل قالة الناس ، ورأى مالك والشافعي تركه ) أي ترك البناء على قواعد إبراهيم ﷺ ( لئلا يصير البيت ملعبة للملوك ) وهو ظاهر .

« خاتمة » : قال الشيخ تقي الدين : والأرزاق التي يقدرها الواقفون ثم يتغير النقد فيما بعد نحو أن يشرط مائة درهم ناصرية ، ثم يحرم التعامل بها وتصير الدراهم ظاهرية . فإنه يعطي المستحق من نقد البلد ما قيمته قيمة المشروط . وقد أوسعنا العبارة في ذلك في الحاشية .



# باب الهبة والعطية

الهبة مصدر وهب الشيء يهبه هبة ووهباً -بإسكان الهاء وفتحها- وموهوباً ، والاسم الموهوبة. وعن بعضهم: والموهب -بكسر الهاء- فيها. وقد تطلق الهبة على الموهوب كما في الخبر : « لا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أوْ يَهَبَ هِبَةً ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا إلا لِوَالِدٍ » (١) وفي المحكم : لا يقال وهبكه . وعن السيرافي : أن بعض الأعراب قال : انطلق معي أهبك نبلاً . وأصلها من هبوب الريح أي مروره ، والاتهاب قبول الهبة ، والاستيهاب سؤالها وأوهبه له أعده له . و( الهبة تمليك جائز التصرف ) وهو الحر المكلف الرشيد (مالاً معلوماً ) منقولا ، أو عقاراً ( مجهولاً تعذر علمه ) بأن اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز ، فوهب أحدهما الآخر ماله ( موجوداً مقدوراً على تسليمه ، غير واجب في الحياة) متعلق بتمليك ( بلا عوض ) متعلق أيضاً به ، فخرج بالمال الاختصاصات وتأتي ، وبالمعلوم المجهول الذي لا يتعذر علمه ، فلا تصح هبته كبيعه ، وبالموجود المعدوم كعبد في ذمته . وبالمقدور على تسليمه الحمل وبغير الواجب الديون والنفقات ونحوها . وبفي الحياة الوصية ، وبلا عوض عقود المعاوضات .

وقوله : ( بما يعد هبة عرفاً ) متعلق بتمليك والباء للسببية ( من لفظ هبة وتمليك ونحوهما ) من كل قول وفعل دل عليها كما يأتي ، وهو بيان لما يعد هبة ، ( وتنعقد ) الهبة ( بإيجاب وقبول ) بأي لفظ دل عليهما ، ( وبمعاطاة بفعل يقترن بما يدل عليها ) أي الهبة ، ( فتجهيز ابنته ) أو أخته ونحوها ( بجهاز إلى ) بيت ( زوجها تمليك ) لها،

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ١/ ٢٣٧ ضمن مسند ابن عباس ، وعن ابن عمر وابن عباس مرفوعاً ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب الرجوع في الهبة ، الحديث (٣٥٣٩) ، وأخرجه الترمذي في السنن ، كتاب الولاء والهبة ، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، الحديث (٢١٣٢) ، وقال : « هذا حديث حسن صحيح » ، واللفظ له ، وأخرجه النسائي في المجتبى من السنن ، كتاب الهبة ، باب رجوع الوالد فيما يعطي ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٧٩٥ ، كتاب الهبات ، باب من أعطى ولده ثم رجع ، الحديث (٢٣٧٧) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٨٠) ، كتاب البيوع ، باب الهبة للأولاد ، الحديث (١١٤٨) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٢/ ٤٦ - ٤٧ ، كتاب البيوع ، باب ولد الرجل من كسبه ، وقال : «هذا حديث صحيح الإسناد » ، وأقره الذهبي ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٦/ ١٨٠ ، كتاب الهبات ، باب من قال : « لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب » .

( وتقدم ) ذلك ( أول البيع . والعطية تمليك عين ) مالية مرجوة مقدور على تسليمها معلومة ومجهولة تعذر علمها ( في الحياة بلا عوض ) ومحترز هذه القيود معلوم مما سبق. فالعطية على هذا مصدر ، وليس عند أهل اللغة كذلك فيما علمت . قاله الحارثي . قال: بل نفس الشيء المعطي ، والجمع عطايا وأعطية ، وجمعوا أعطية على أعطيات . وأما المصدر فالإعطاء والاسم العطاء ، ويقال أيضاً على الشيء المعطي : ( وهبة التلجئة باطلة بحيث توهب في الظاهر وتقبض مع اتفاق الواهب والموهوب له على أنه ينتزعه منه إذا شاء ونحو ذلك من الحيل التي تجعل طريقاً إلى منع الوارث أو الغريم حقوقهم ) لأن الوسائل لها حكم المقاصد ، ( وأنواع الهبة صدقة، وهدية، ونحلة وهي العطية ، ومعانيها متقاربة ) وكلها تمليك في الحياة بلا عوض ، قاله في المغني .

( تجري فيها أحكامها ) أي أحكام كل واحدة من هذه المذكورات تجري في البقية ، (فإن قصد بإعطائه ثواب الآخرة فقط فصدقة وإن قصد ) بإعطائه ( إكراماً، وتودداً، ومكافأة) والواو بمعنى أو كما في المنتهي ، ( فهدية ، وإلا ) بأن لم يقصد بإعطائه شيئاً مما ذكر ، ( فهبة، وعطية، ونحلة ، وهي ) أي المذكورات من صدقة، وهدية، وعطية (مستحبة إذا قصد بها وجه الله تعالى ، كالهبة للعلماء، والفقراء، والصالحين وما قصد به صلة الرحم ) قال الحارثي : وجنس الهبة مندوب إليه لشموله معنى التوسعة على الغير ونفي الشح . قال: والفضل فيها يثبت بإزاء ما قصد به رياء أو سمعة ، و ( لا ) تستحب إن قصد بها (مباهاة، ورياء، وسمعة) الواو بمعنى، أو (فتكره) لقوله ﷺ: «مَنْ يُسْمِعْ يُسْمِعِ اللهُ بِهِ وَمَنْ يرَاءِ يُرَاءِ اللهُ بِهِ » [1] متفق عليه . وتقدم أن الصدقة على قريب أفضل من عتق، لما في الصحيحين عن ميمونة : « أَنَّهَا أَعتَقَتْ وَلِيدَةَ فِي زَمَانِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ فَالَ : لَوْ أَعْطَيْتِهَا لأخْوَالِكَ كَانَ أَعْظَمَ لأَجْرِكِ » [2] .

( قال الشيخ : والصدقة أفضل من الهبة ) لما ورد فيها مما لا يحصر ، ( إلا أن يكون في الهبة معنى تكون ) الهبة ( به أفضل من الصدقة مثل الإهداء لرسول الله ﷺ محبة له، ومثل هذا الإهداء لقريب يصل به رحمه ، أو ) الإهداء لـ ( أخ له في الله ، فهذا قد يكون أفضل من الصدقة ) أي على غيره . ( انتهى . ووعاء هدية كهي ) في أنها لا ترد (مع عرف كقوصرة التمر ) فتتبعه اعتباراً بالعرف ، ( ومن أهدى ) شيئاً ( ليهدي له أكثر) منه ( فلا بأس ) به ( لغير النبي ﷺ ) فكان ممنوعاً منه لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَمْنُنْ

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الرقاق ، باب الرياء والسمعة ، وأخرجه مسلم في كتاب الزهد والرقائق ، باب تحريم الرياء ، راجع اللؤلؤ والمرجان : ٣/ ١٨٨٠ .

(٢) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها ، وأخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب الزكاة ، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين ، وأقول : إن الوليدة هي الجارية المولودة في ملكها .

تَسْتَكْثِرُ ﴾ (١) ، أي لا تعط شيئاً لتأخذ أكثر منه . قال ابن عباس وغيره : هو خاص بالنبي ﷺ لأنه مأمور بأشرف الأخلاق وأجلها ، ( ويعتبر ) في الهبة ( أن تكون من جائز التصرف ) فلا تصح من صغير، ولا سفيه، ولا عبد ونحوهم كسائر التصرفات ، (وهي كبيع في تراخي قبول ) عن إيجاب فتصح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعها ، فإن تفرقا قبل القبول، أو تشاغلا بما يقطعها بطل .

( و ) هي كبيع أيضاً في ( تقدمه ) أي تقدم القبول على الإيجاب ، فتصح في الحال التي يصح فيها البيع، وتبطل فيما يبطل فيه ، ( أو ) هي كبيع أيضاً في ( غيرهما ) كانعقادها بكل لفظ أدى معناها وبالمعاطاة كما تقدم ، ( ولا تقتضي ) الهبة ( عوضاً ولو مع عرف كأن يعطيه ) أي يعطي الأدنى أعلى منه (ليعاوضه، أو يقضي له حاجة)، ولم يصرح له بذلك ، لأن مدلول اللفظ انتفاء العوض والقرينة لا تساويه ، فلا يصح إعمالها ولهذا لم نلحقه بالشرط ، ( وإن شرط ) الواهب ( فيها ) أي الهبة ( عوضاً معلوماً صارت ) الهبة ( بيعاً ، فيثبت فيها خيار ) مجلس ونحوه ، ( و ) يثبت فيها ( شفعة ) إن كان الموهرب شقصاً مشفوعاً ، ( ونحوهما ) كالرد بالعيب، واللزوم قبل التقابض ، وضمان الدرك ووجوب التساوي مع التقابض قبل التفرق في الربوي المتحد ، لأنه تمليك بعوض معلوم ، أشبه ما لو قال: بعتك، أو ملكتك هذا بهذا ، ( وإن شرط ) في الهبة (ثواباً مجهولاً لم تصح الهبة ) لأنه عوض مجهول في معاوضة ، فلم تصح كالبيع ، (وحكمها) أي الهبة بثواب مجهول ( حكم البيع الفاسد ) فيضمنها الموهوب له إن قبضها وتلفت بمثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت متقومة، ( ريردها الموهوب له ) إن بقيت ( بزيادتها المتصلة والمنفصلة ) لأنها نماء ملك الواهب ، ( وإن اختلفا في شرط عوض ) بأن قال الواهب : شرطنا العوض ، وأنكره موهوب له ، ( فقول منكر ) بيمينه لأن الأصل عدمه، وبرئت ذمته . ( وإن قال ) قابض : ( وهبتني ما بيدي ) ، و( قال ) مقبض : بل ( بعتكه ، ولا بينة ) لواحد منهما ( حلف كل ) واحد ( منهما على ما أنكر ولا يصح ) أي لا يثبت ( البيع ولا الهبة ) لأن الأصل عدمها .

« تتمة » : قال في المنتهى : وتصح وتملك بعقد فيصح تصرف قبل قبض . انتهى ، وهو الذي قدمه في الإنصاف . وقال المجد في شرح الهداية : إن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض . وكذا صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالإيجاب في غيرها ، وكلام الخرقي يدل عليه أيضاً . وعن ابن حامد وجه أن الملك في الهبة يقع

(١) سورة المدثر ، الآية : ٦ .

مراعي ، فإن وجد القبض تبينا أنه كان للموهوب بقوله : وإلا فهو للواهب . قلت : وهو وجه حسن .

( ويصح أن يهب شيئاً ) من دار، أو عبد ونحوهما ، ( ويستثنى نفعه مدة معلوم ) كالبيع والعتق ، ( و ) يصح ( أن يهب أمة ويستثنى ما في بطنها ) كالعتق ، ( وتلزم ) الهبة ( بقبضها بإذن واهب ، و( لا ) تلزم ( قبلهما ) أي قبل القبض بإذن الواهب ، (ولو ) كانت الهبة ( في غير مكيل ونحوه ) لما روى مالك عن عائشة : « أنَّ أبَا بكْرٍ نَحلَهَا جُذاذَ عشْرِينَ وَسْقاً منْ مَاله بالْعَالِيَة فَلَمَّا مَرضَ قَالَ : يَا بُنيَّةُ كُنْتُ نَحلْتُك جُذاذَ عشْرينَ وَسْقاً ولَوْ كُنْت جذذْتيه أوْ قَبَضْته كَانَ ذَلكَ ، فَإنمَا هُوَ الْيوْمَ مَالُ وَارِث فَاقْتَسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ الله تَعَالَى »[1] ، وروي ابن عيينة عن عمر نحوه ، وروي أيضاً نحوه عن عثمان، وابن عمر، وابن عباس ، ولم يعرف لهم مخالف من الصحابة . واختار ابن عقيل وغيره تلزم في المتميز غير المكيل ونحوه بمجرد العقد ( إلا ما كان في يد متهب كوديعة ، وعارية ، وغضب ، ونحوه ) كشركة ، ( فيلزم ) عقد الهبة فيه ( بـ ) مجرد ( عقد ولا يحتاج إلى ) مضي ( مدة يتأتى قبضه فيها ولا إلى إذن ) واهب ( في القبض ) لأن قبضه مستدام ، فأغنى عن الابتداء كما لو باعه سلعة بيده .

( ولا يصح قبض ) الهبة ( إلا بإذن واهب ) لأنه قبض غير مستحق عليه ، فلم يصح إلا بإذنه ، كأصل العقد وكالرهن ، ( والإذن لا يتوقف على اللفظ بل المناولة ) إذن (والتخلية إذن ) لدلالة الحال ، وكذا الأمر بأكل الطعام الموهوب ، ( ولواهبٍ ) أذن لمتهب في قبض هبة ( الرجوع في الإذن ) قبل القبض لبقاء الملك ، وليس الرجوع عنه رجوعاً في الهبة ، لأن إبطال الإذن إعدام له وعدمه لا يوجب رجوعاً ، قاله الحارثي .

( و ) لواهب أيضاً الرجوع في ( هبة قبل قبض ) لأن عقد الهبة لم يتم فلا يدخل تحت المنع ، قال الحارثي : وعتق الموهوب وبيعه وهبته قبل القبض رجوع لحصول المنافاة ( مع الكراهة ) خروجاً من خلاف من قال : إن الهبة تلزم بالعقد ، ( ويبطل إذن الواهب ) في القبض ( بموت أحدهما ) أي الواهب أو الموهوب له ، لأن إذنه فيه وكالة وهي تبطل بذلك ، ( ويقبض لطفل ) وهبه وليه هبة ( أبوه فقط من نفسه ، فيقول : وهبت ولدي كذا وقبضته له ) فإن لم يقل : وقبضته له لم يكلف على ظاهر رواية حرب، لتغاير القبضين ، فلا بد من تمييز ، لأن اليد التي لجهة المتهب هنا هي نفس يد

---

(١) الحديث أخرجه مالك في الموطأ برواية يحيى : ٢/٧٥١ - ٧٥٢ ، كتاب الأقضية ، باب ما لا يجوز من النحل ، الحديث (٤٠) .

الواهب، فلا يؤمن أن يدعيه في ثاني، الحال أو يدعيه الورثة تركة، فيذهب على الطفل، ( ولا يحتاج ) أب وهب طفله ( إلى قبول ) للاستغناء عنه بقرائن الأحوال ، ( ولا يصح قبض الطفل ) أي غير بالغ ، ( ولو ) كان غير البالغ ( مميزاً، ولا قبض مجنون لأنفسهما ولا قبولهما ) الهبة لانتفاء أهلية التصرف، ( بل ) يقبل ويقبض لهما (وليهما) لأنه المتصرف عليهما ، فالأب ( الأمين) أي العدل ولو ظاهراً ( يقوم مقامهما ) في ذلك، ( ثم ) عند عدمه ( وصى ، ثم حاكم أمين كذلك، أو من يقيمونه مقامهم، وعند عدمهم) أي الأولياء ( يقبض له من أم وقريب وغيرهما نصاً ) قال ابن الحكم : سئل أحمد يعطى من الزكاة الصبي ؟ قال : نعم يعطي أباه أو من يقوم بشأنه . وروى المروزي أيضاً نحوه . قال الحارثي : وهو الصحيح لأنه جلب منفعة ومحل حاجة .

( وتقدم آخر باب ذكر أهل الزكاة ، لكن يصح منهما ) أي الصغير والمجنون ( قبض المأكول الذي يدفع مثله للصغير ) لحديث أبي هريرة : « كَانَ النَّاسُ إذا رأوا أولَ الثمار جَاءوا بِهِ إلى رَسُولِ الله ﷺ ، فإذا أخذه قال : اللهم بارك لنا في ثمرنا ، ثم يعطيه أصغر من يحضره من الولدان »[1] أخرجه مسلم ، ( وإن كان الواهب لهما ) أي للصغير والمجنون ( أحد الثلاثة غير الأب ) بأن كان الواهب الوصي أو الحاكم ( لم يتول طرفي العقد ) كالبيع ، ( ووكل من يقبل ) بخلاف الأب ، لأن له أن يتولى طرفي البيع، ( ويقبض هو ) أي الولي . قال في المغني : والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء ، لأنه عقد جاز صدوره منه ومن وكيله ، فجاز له تولي طرفيه كالأب ، وفارق البيع فإنه عقد معاوضة ومرابحة ، فتحصل التهمة في العقد لنفسه ، والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها ، فجاز له تولي طرفيها كالأب . قال الحارثي : وبه أقول انتهى ، والسفيه فيما تقدم كالصغير .

( وإن كان الأب غير مأمون ) قبل الحاكم الهبة للصغير ونحوه ، ( أو ) كان الأب (مجنوناً ) قبل الحاكم الهبة لولده ، ( أو ) كان الأب قد مات ، و( لا وصي له قَبِلَ له الحاكم ) لأنه وليه إذن ، ( ولو اتخذ الأب دعوة ختان وحملت هدايا إلى داره فهي له ) لأنه الظاهر ( إلا أن يوجد ما يقتضي الاختصاص بالمختون فيكون له ، وهذا كثياب الصبيان ونحوها مما يختص بهم ، وكذا لو وجد ما يقتضي اختصاص الأم ) بشيء ، (فيكون لها مثل كون المهدي من أقاربها، أو معارفها ) حمل على العرف ، ( وخادم الفقراء الذي يطوف لهم في الأسواق ما حصل له لا يختص به ) لأنه في العرف إنما يدفع إليه للشركة فيه ، وهو إما كوكيلهم أو وكيل الدافعين فينتفي الاختصاص ، ( وما

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح (٢/ ١٠٠٠) ، كتاب الحج ، باب فضل المدينة ودعاء النبي ﷺ فيها بالبركة وبيان تحريمها ، وتحريم صيدها ، وشجرها .

يدفع من صدقة إلى شيخ زاوية ، أو ) شيخ ( رباط ، الظاهر أنه لا يختص به ) لأنه في العادة لا يدفع إليه اختصاصاً به ، فهو كوكيل الفقراء أو الدافعين كما تقدم ، ( وله التفصيل في القسم بحسب الحاجة ) لأن الصدقة يراد بها سد الخلة مع أنه لم يصدر إليه ما يقتضي التسوية . والظاهر تفويض الأمر إليه في ذلك ، ( وإن كان الشيء يسيراً لم تجر العادة بتفريقه اختص هو به ) لأن الإعطاء صدر إليه ولا قرينة تصرف عنه ( ذكره الحارثي، والهبة من الصبي لغيره باطلة ) لأنه محجور عليه ، ( ولو أذن فيها الولي ) لم تصح لأنه متبرع ، ( وكذا السفيه ) لا تصح هبته ولو أذن فيها وليه ، ( وتجوز ) الهبة (من العبد بإذن سيده ) لأن الحجر عليه لحق سيده ، فإذا أذنه انفك بخلاف الصغير ونحوه ، ( وله ) أي العبد ( أن يقبل الهبة والهدية بغير إذنه ) أي سيده لأنه تحصيل منفعة كالاحتشاش والاصطياد وتكون لسيده إلا المكاتب ، ( وإن مات واهب قبل إقباض ورجوع ) لم تبطل الهبة ، لأنه عقد مآله إلى اللزوم ، فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار . و( قام وارثه مقامه في إذن ) في قبض ، ( و ) في ( رجوع ) في الهبة ، (وتبطل) الهبة ( بموت متهب قبل القبض ) لقيام قبضه مقام القبول ، أشبه ما لو مات من أوجب البيع ونحوه قبل القبول . قال الحارثي : وهو مشكل ، وقدم أنه كموت الواهب، ( ولو وهب ) إنسان ( لغائب هبة وأنقذها ) الواهب ( مع رسول الموهوب له، أو ) مع (وكيله ثم مات الواهب ، أو ) مات ( الموهوب له قبل وصولها ) إليه ( لزم حكمها ، وكانت للموهوب له ، لأن قبضهما ) أي قبض رسوله ووكيله ( كقبضه ) فيكون الموت بعد لزومها بالقبض فلا يؤثر ، ( وإن أنفذها الواهب مع رسوله نفسه ثم مات ) الواهب ( قبل وصولها إلى الموهوب له ، و مات الموهوب له بطلت ) الهبة ، ( وكانت للواهب أو ورثته لعدم القبض ) لحديث أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت : « لَمَّا تَزَوَّجَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أُمَّ سَلَمَةَ قَالَ : لَهَا إنِّي قَدْ أَهْدَيْتُ إلى النَّجَاشِي حُلَّةً وَأَوَاقِيَ مِسْك ، وَلا أَرَى النَّجَاشِي إلا قَدْ مَاتَ ، وَلا أَرَى هَدِيَّتِي إلا مَرْدُودَةً عَلَيّ ، فَإنْ رُدَّتْ فَهُوَ لَكَ ، قَالَتْ فَكَانَ كَمَا قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَرُدَّتْ عَلَيْه هدِيَّتُهُ فَأعْطَى كُلَّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِه أُوقِيَّةً مِنْ مِسْكٍ، وَأَعْطَى أُمَّ سَلَمَةَ بَقِيَّةَ المِسْكِ وَالحُلَّةَ » رواه أحمد ، وبطلان الهبة إذا مات الواهب بعد بعث رسوله بالهدية لعدم القبول كما يأتي بخلاف ما تقدم .

( وليس للرسول حملها ) أي الهبة ( بعد موت الواهب إلى الموهوب له إلا أن يأذن ) له ( الوارث ) لأن الحق صار إليه ، ( وكذا حكم هدية ) وصدقة لأنهما نوعان من الهبة، ( وإن مات المتهب ، أو الواهب قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطل العقد ) لأنه لم يتم ، وكذا لو جن ، أو أغمى عليه كما يأتي في النكاح .

« تتمة » : إذا تفاسخا عقد الهبة صح ولا يفتقر إلى قبض الموهوب له ، وتكون العين أمانة في يد المتهب ، قاله في الاختيارات .

★ ★ ★

## ( فصل في حكم إبراء الغريم )[1]

وإن أبرأ غريم غريمه من دينه صح، أو تصدق به عليه صح ، ( أو وهبه له ) صح ، (أو أحله منه ) صح ( أو أسقطه عنه ) صح، ( أو تركه له ) صح، ( أو ملكه له ) صح (أو تصدق به عليه ) صح ( أو عفا عنه صح ، وبرئت ذمته ) وكذا لو قال : أعطيتكه ونحوه ، ويكون ذلك إبراء وإسقاطاً ، ولفظ الهبة، والصدقة، والعطية، ينصرف إلى معنى الإبراء ، لأنه لا عين موجودة يتناولها اللفظ . قال الحارثي : ولهذا لو وهبه دينه هبة حقيقية لم يصح لانتفاء معنى الإسقاط وانتفاء شرط الهبة . ومن هنا امتنع هبته لغير من هو عليه ، وامتنع إجزاؤه عن الزكاة لانتفاء حقيقة الملك . انتهى .

ويصح الإبراء من الدين بالألفاظ السابقة ، ( ولو كان ) الدين ( المبرأ منه مجهولاً لهما ) أي لرب الدين والمدين ، ( أو ) كان مجهولاً ( لأحدهما ) ، و( سواء جهلا قدره أو ) جهلا ( وصفه، أو ) جهلا (هما) أي القدر والوصف، ويصح الإبراء من المجهول، ( ولو لم يتعذر علمه ) لأنه إسقاط حق فينفذ مع العلم، والجهل كالعتق والطلاق ، (أو) أي ويصح الإبراء من الدين ، ولو ( لم يقبله المدين ) لأنه إسقاط حق فلا يتوقف على قبول كإسقاط القصاص والشفعة ( أورده ) أي يصح الإبراء من الدين ولو رده المدين ، لأنه لو ارتد بالرد للزم وجوب الاستيفاء، أو إبقاء الحق وهو ممتنع ، ( أو كان ) الإبراء (قبل حلول الدين ) لأن تأجيله لا يمنع ثبوته في الذمة ، ( وإن أبرأه ونحوه ) بأن وهبه له أو تصدق به عليه، أو تركه له ، ( ويعتقد أنه لا شيء له عليه ) كقوله : أبرأتك من مائة يعتقد عدمها ، ( ثم تبين أنه ) كان له ( عليه ) صحت البراءة لمصادفتها الحق ، (كما تصح ) البراءة ( من المعلوم ) وكذا لو أبرأ من دين أبيه مع ظن أنه حي فبان ميتاً ، كبيع مال مورثه الميت مع ظن الحياة .

( وظاهر كلامهم ) أي الأصحاب ( عمومه ) أي عموم صحة الإبراء من المجهول ( في جميع الحقوق المجهولة ، وصرح به في الفروع آخر القذف ، لكن لو جهله ربه ) أي الدين ( وعلمه من عليه الحق وكتمه ) المدين عن رب الدين ( خوفاً من أنه ) أي رب الدين (لو علمه ) أي الدين ( لم يبرئه ) أي رب الدين منه ( لم تصح البراءة ) لأنه فيه تغريراً للمبريء ، وقد أمكن التحرز منه .

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ .

( وإن أبرأه ) أي أبرأ رب الدين مديناً ( من درهم إلى ألف صح ) الإبراء ( فيه ) أي الألف ، ( وفيما دونه ) أي دون الألف ، ( ولا يصح الإبراء من الدين قبل وجوبه ) لقوله ﷺ : « لا طَلَاقَ إلا فِيمَا تَمْلِكُ وَلا عِتْقَ إلا فِيمَا تملك » ، والإبراء في معناهما ( ومن صور الإبراء من المجهول ) لو كان له على إنسان دينان ، و( أبرأه من أحدهما ) لا بعينه ، ( أو ) كان له دينان على شخصين ، و( أبرأ أحدهما ) لا بعينه ، ( ويؤخذ) أي يرجع إلى المبرىء ( بالبيان ) قاله الحلواني والحارثي . قال في التنقيح : ( و ) المذهب ( لا يصح ) الإبراء ( مع إبهام المحل ، كأبرأت أحد غريمي ) أو من أحد ديني. كما لو قال : وهبتك أحد هذين العبدين ، أو ضمنت لك أحد الدينين . ( ولا تصح هبة الدين لغير من هو في ذمته ) لما تقدم من أن الهبة تقتضي وجود معين وهو منتف هنا ( وتقدم آخر السلم، وتصح هبة المشاع من شريكه ومن غيره منقولاً كان ) كجزء من نحو فرس ، ( أو غيره ) كجزء من عقار ( ينقسم ) كالثوب ( أولاً ) كالعبد لما في الصحيح إن وفد هوازن لما جاؤا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنم منهم ، فقال رسول الله ﷺ : ما كان لي ولبني المطلب فهو لكم .

( وإن وهب ) أرضاً، ( أو تصدق ) بأرض، ( أو وقف ) أرضاً، ( أو وصي بأرض ) يعني بجزء منها، ( أو باعها احتاج أن يحدها مالكها ) بأن يقول : كذا سهماً من كذا سهم لقوله في رواية صالح ، وسأله عن رجل بينه وبين قوم بيت مشاع غير مقسوم فتصدق أحدهم على بعضهم بحصته مشاعاً غير مقسوم هل يجوز ذلك ؟ قال : إذا كان سهم من كذا وكذا سهماً فهو جائز ، فإن قال : ثلثها أو نحوه صح ، قال في رواية أبي داود : وسئل عمن يهب لرجل ربع داره ، قال : هو جائز وأيضاً قيل له : وهبت منك نصيبي من الدار ، قال : إن كان يعلم كم نصيبه فهو جائز ، ( ويعتبر لقبضه ) أي المشاع إن كان منقولاً ( إذن الشريك لأنه لا يمكن قبضه إلا بقبض نصيب شريكه ، وهذا بالنسبة لجواز القبض لا للزوم الهبة فتلزم به ، وإن لم يأذن شريكه كما أشار إليه ابن نصر الله ، ( وتقدم آخر الخيار في البيع ) مفصلاً ، ( ويكون نصفه ) أي القابض (مقبوضا،ً تملكاً ونصف الشريك ) مقبوضاً (أمانة) هذا إذا كانت الهبة في نصفه ولو عبر بنصيبه ، لكان أوضح ، فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب : وكل الشريك في قبضه لك ونقله ، فإن أبى نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ، فيحصل القبض لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك ، ( وإن أذن ) شريكه ( له في التصرف ) أي الانتفاع ( مجاناً فكعارية ) في ضمانه إذا تلف ولو من غير تفريط ، ( وإن كان ) أذن له في التصرف ( بأجرة فـ ) إن شقصه يكون في يد القابض أمانة ، ( كمأجور ) فلا

ضمان فيه إن تلف بلا تعد ولا تفريط ، ولو كانت الأجرة مجهولة كأن استعمله وأنفق عليه مثلاً بقصد المعاوضة ، لأن فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه وتقدم .

( وإن تصرف ) الشريك ( بلا إذن ) شريكه ، ( والإجارة ) فكغاصب، ( أو قبضه بغير إذن الشريك فكغاصب ) لأن يده عادية ، ( وتصح هبة مصحف ) وإن قيل بمنع بيعه . قال الحارثي : ولا أعلم فيه خلافاً ، ( و ) هبة ( كل ما يصح بيعه فقط ) لأنها تمليك في الحياة فصحّت فيما صح فيه البيع، وما لا يصح بيعه لا تصح هبته على المذهب، اختاره القاضي، وقدمه في الفروع ، ( واختار جمع وكلب ) أي تصح هبته جزم به في المغني، والكافي ، ( ونجاسة مباح نفعهما ) أي الكلب والنجاسة جزم به الحارثي، والشارح لأنه تبرع أشبه الوصية به . قال في القاعدة السابعة والثمانين : وليس بين القاضي وصاحب المغني خلاف في الحقيقة ، لأن نقل اليد في هذه الأعيان جائز كالوصية، وقد صرح به القاضي في خلافه .

( ولا تصح هبة مجهول لا يتعذر علمه كالحمل في البطن، واللبن في الضرع والصوف على الظهر ) للجهالة وتعذر التسليم ، ( ومتى أذن ) رب شاة ( له ) أي لإنسان ( في جز الصوف، وحلب الشاة كان إباحة ) لصوفها ولبنها لا هبة ، ( وإن وهب دهن سمسمه) وهو الشيرج قبل عصره ، ( أو زيت زيتونه ، أو جفته قبل عصرهما ) أي الزيتون والسمسم ( لم يصح ) كاللبن في الضرع وأولى لكلفة الاعتصار ، ولو قال : خذ من هذا الكيس ما شئت كان له أخذ ما به جميعاً ، ( ولو قال : خذ من هذه الدراهم ما شئت لم يملك أخذها كلها ) إذ الكيس ظرف ، فإذا أخذ الظرف حسن أن يقال : أخذ من الكيس ما فيه ، ولا يحسن أن يقال : أخذت من الدراهم كلها ، قاله ابن الصيرفي في النوادر . ( ولا تصح هبة المعدوم كالذي تحمل أمته أو شجرته ) لأن المعدوم ليس بشيء فلا يقبل العقد ، ( فإن تعذر علم المجهول ) كزيت اختلط بزيت أو شيرج (صحت هبة كصلح ) عنه للحاجة ، ( ولا ) تصح ( هبة ما لا يقدر على تسليمه ) كآبق، وشارد، وطير في الهواء، وسمك بماء، ومرهون ، لأن ذلك لا يتأهل للقبض والقبض من ماهية العقد ، فلا يقع العقد عليه والمرهون يتعذر تسليمه شرعاً ، ( و ) لا يصح (تعليقها) أي الهبة (على شرط مستقبل ) كإذا جاء رأس الشهر، أو قدم فلان فقد وهبتك كذا قياساً على البيع، وقوله ﷺ لأم سلمة في الحلة المهداة إلى النجاشي : « إنْ رَجَعَتْ إِلَيْنَا فَهِيَ لَكِ » قال الموفق على معنى العدة ، وخرج بالمستقبل الماضي والحال ، فلا يمنع التعليق عليه الصحة كأن كانت ملكي ونحوه ، فقد وهبتكها فتصح ( غير الموت ) فيصح تعليق العطية به وتكون وصية ، وكالهبة الإبراء فلا يصح تعليقه على شرط مستقبل غير

الموت ( نحو إن مت -بفتح التاء- فأنت في حل ) فلا يبرأ ، ( فإن ضم التاء صح ) الإبراء عند وجود شرطه ، ( وكان ) الإبراء على الوجه المذكور ( وصية ) لأنه تبرع بما بعد الموت وهو حقيقة الوصية ، ( ولا ) يصح أيضاً ( شرط ما ينافي مقتضاها ) أي الهبة ( نحو ) اشتراط الواهب على المتهب ( أن لا يبيعها ) أي العين الموهوبة ، ( ولا يهبها ) وأن لا ينتفع بها ( أو ) وهبه عيناً ، و( شرط أن يبيعها، أو يهبها ) فلا يصح الشرط ، إذ مقتضى الملك التصرف المطلق ، فالحجر فيه مناف لمقتضاه ، وقوله : ( أو ) يهبه شيئاً بشرط ( أن يهب فلاناً شيئاً ) تبع فيه المبدع وغيره . قلت : والذي يظهر بطلان الهبة فيه لأنه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه .

( وتصح هي ) أي الهبة المشروط فيها ما ينافي مقتضاها كالشروط الفاسدة في البيع ، ( ولا يصح توقيتها ) أي الهبة ( كقوله : وهبتك هذا سنة ) أو شهراً ، فلا تصح لأنها تمليك عين فلا توقت كالبيع ( إلا العمري والرقبى ) فيصحان ، ( وهما نوعان من أنواع الهبة يفتقران إلى ما تفتقر إليه سائر الهبات ) من الإيجاب والقبول والقبض ، ويصح توقيتها سميت عمري لتقييدها بالعمر ، وسميت رقبي لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . قال أهل اللغة : يقال : أعمرته وعمرته مشدداً إذا جعلت له الدار مدة عمره أو عمرك ( كقوله : أعمرتك هذه الدار ، أو أعمرتك هذه ( الفرس ، أو ) أعمرتك هذه (الجارية ، أو أرقبتكها ) قال القطاع : أرقبتك أعطيتك ، وهي هبة ترجع إلى المرقب إن مات المرقب وقد نهى عنه ( أو جعلتها ) أي الدار، أو الفرس، أو الجارية ( لك عمرك ، أو ) جعلتها لك ( عمري ، أو ) جعلتها لك ( رقبي ، أو ) جعلتها لك ( ما بقيت أو أعطيتكها عمرك ويقبلها ) الموهوب له ، ( فتصح ) الهبة في جميع ما تقدم ، وهي أمثلة العمري ، ( وتكون ) العين الموهوب ( للمعمر -بفتح الميم- ) وللمرقب -بفتح القاف- ولورثته من بعده ( إن كانوا ) كتصريحه بأن يقول : هي لك ولعقبك من بعدك ، ( فإن لم يكن له ) أي الموهوب له ( ورثة فلبيت المال ) كسائر الأموال المتخلفة لقوله عليه الصلاة والسلام : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ وَلا تُفْسِدوهَا فَإِنَّهُ مَن أَعْمَرَ عُمْرَي فَهِيَ لِلَّذي أَعْمَرَهَا حَياً وَمَيِّتاً وَلَعَقِبه»[1] أخرجه مسلم، وفي المتفق عليه عن جابر: «قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالْعُمْرَى لِمنْ وُهِبَتْ لَهُ »[2]، واللفظ للبخاري، وخرج مسلم عن جابر العمري

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الهبة ، باب ما قيل في العمرى .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب الهبات ، باب العمرى ، وأخرج أصله البخاري في الصحيح ، كتاب الهبة ، باب ما قيل في العمرى، وقد ذكر الخطيب التبريزي في مشكاة المصابيح: ٩٠٨/٢ ، الحديث (٣٠١١) أن الحديث متفق عليه ، ولكن لفظ هذه الرواية لمسلم .

ميراث لأهلها ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تُعَمِّرُوا وَلَا تُرَقِّبُوا فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرِي فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيّاً وَمَيْتاً وَعِقِبِهِ »[1] إنما ورد على سبيل الإعلام لهم بنفوذها بدليل السياق ، ويؤيده الحديث الأول ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع الصحة ، لأن الضرر فيها على فاعلها وما كان كذلك النهي عنه لا يقتضي فساد كالطلاق في الحيض ، ( وإن أضافها ) أي الهبة ( إلى عمر غيره ) بأن قال : وهبتك الدار ونحوها عمر زيد ( لم تصح ) الهبة لأنها مؤقتة ، وليست من العمرى ولا الرقبي ، ( ونصه لا يطأ ) الموهوب له ( الجارية المعمرة ) نقل يعقوب وابن هانيء من يعمر الجارية أن يطأ ، قال : لا أراه، ( وحمل ) القاضي النص المذكور ( على الورع ) لأن الوطء استباحة فرج ، وقد اختلف في صحة العمري وجعلها بعضهم تمليك المنافع ، فلم ير الإمام له وطأها لهذا ، وبعد ابن رجب ما ذكره القاضي ثم قال : والصواب حمله على أن الملك بالعمرى قاصر ، ولهذا نقول على رواية إذا شرط عودها إليه بعده صح ، فيكون تمليكاً مؤقتاً .

( وإن شرط ) واهب (رجوعها) أي الهبة ( بلفظ الأقارب، أو غيره إلى المعمر -بكسر الميم- ) أي الواهب ( عند موته ) أي الموهوب له ، ( أو ) شرط الواهب رجوع الهبة (إليه إن مات ) الموهوب له ( قبله ، أو ) شرط الواهب رجوعها ( إلى غيره ) إن مات الموهوب له قبله نحو أن يقول : وهبتك هذه الدار، أو هي لك عمرك على أنك إن مت قبلي عادت إلى ولدي فلان ، وإن مت أو مات قبلك استقرت عليك ، ( فهي الرقبي ) لأن كلا منهما يرقب موت صاحبه ، ( أو ) شرط الواهب ( رجوعها ) أي الهبة (مطلقاً) أي من غير تقييد بموت، أو غيره إلى الواهب، (أو إلى ورثته، أو قال ) الواهب: (هي) أي هذه الدار أو الأمة ونحوها ( لآخرنا موتاً صح العقد دون الشرط ، و) معنى ذلك أن العين ( تكون للمعمر -بفتح الميم- ولورثته من بعده) فإن لم يكونوا فلبيت المال (كالأول) أي كالمذكور أولاً من صور العمري ، ( ولا ترجع ) العين ( إلى المعمر ) -بكسر الميم - (و) لا إلى ( المرقب ) -بكسر القاف- لقوله ﷺ : « لا تُرَقِّبُوا وَلَا تُعَمِّرُوا ، فَمَنْ أَرْقَبَ

---

(١) الحديث أخرجه الشافعي في المسند : ٢/١٦٨ ، كتاب الهبة والعمرى ، الحديث (٥٨٧) ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب من قال فيه ولعقبه ، الحديث (٣٥٥٦) ، وأخرجه النسائي في المجتبى من السنن ، كتاب العمرى ، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ، وذكره ابن حجر في تلخيص الحبير : ٣/٧١ ، كتاب الهبة ، الحديث (١٣٢١) ، فقال : « وصححه أبو الفتح القشيري على شرطهما » ، وقال في شرح السنة : ٨/ ٢٦٤ ، وأما الرقبى هي أن يجعلها أي ما وهب الرجل على أن أيهما مات أو لا كان للآخر منهما » .

شَيْئاً أَوْ أَعْمَرَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » [1] . قال الحارثي : والسند صحيح بلا إشكال وخرجه أبو داود والنسائي وغيرهما ، وروى أحمد وغيره من طرق مختلفة ، فهذه نصوص تدل على ملك المعمر والمرقب مع بطلان شرط العود ، لأنه إذا ملك العين لم تنتقل عنه بالشرط، ولأنه شرط ينافي مقتضى العقد فصح وبطل الشرط كشرطه في البيع أن لا يبيع ولو جعل اثنان كل منهما داره للآخر على أنه إن مات قبله عادت إليه فرقبى من الجانبين .

( ولا يصح إعمار المنفعة ولا إرقابهما ، فلو قال ) رب دار : ( سكنى هذه الدار لك عمرك ، أو ) قال : ( غلة هذا البستان ) لك عمرك ، ( أو ) قال : ( خدمة هذا العبد ) لك عمرك ، ( أو ) قال : ( منحتك ) أي ما ذكر من الدار أو البستان أو العبد ونحوه (عمرك ، فعارية له الرجوع فيها متى شاء في حياته ) أي الممنوح ، ( وبعد موته ) لأنها هبة منفعة ، ( ويصح إعمار منقول ، و) يصح أيضاً ( إرقابه من حيوان كعبد وجارية ونحوهما ) كبعير وشاة ، ( و ) من ( غير حيوان ) كثوب وكتاب لعموم ما تقدم من قوله ﷺ : « فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئاً أَوْ أَعْمَرَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » .



## فصل في التعديل بين الورثة في الهبة

( ويجب على الأب و) على ( الأم و) على غيرهما ) من سائر الأقارب ( التعديل بين من يرث بقرابة من ولد وغيره ) كأب وأم وأخ وابنه وعم وابنه ( في عطيتهم ) لحديث جابر قال : « قَالَتْ امْرَأَةُ بَشِيرٍ لِبَشِيرٍ أَعْطِ ابْنِي غُلاماً وَأَشْهِدْ لِي رَسُولَ اللهِ ﷺ فَأَتَى رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ : إِنَّ ابْنَةَ فُلان سَأَلَتْنِي أَنْ أَنْحَلَ ابْنَهَا غُلامِي قَالَ لَهُ : إِخْوَةٌ ؟ قَالَ: نَعَمْ ، قَالَ : كُلَّهُمْ أَعْطَيْتَ مِثْلَ مَا أَعْطَيْتَهُ ؟ قَالَ : لا ، قَالَ : فَلَيْسَ يَصْلُحُ هَذَا وإِنِّي لا أَشْهَدُ إلا عَلَى حَقٍّ » [2] رواه أحمد ومسلم وأبو داود ، ورواه أحمد من حديث النعمان ابن بشير ، وقال فيه : لا تشهدني على جور إنّ لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم ، وفي لفظ لمسلم : « اتقوا الله واعدلوا في أولادكم » [3] ، فرجع أبي في تلك الصدقة ، وللبخاري مثله ، لكن ذكره بلفظ العطية ، فأمر بالعدل بينهم ، وسمي تخصيص أحدهم دون الباقين جوراً والجور حرام ، فدل على أن أمره بالعدل للوجوب ، وقيس على الأولاد

---

(١) راجع تخرج ما قبله في الصفحة السابقة .

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند ضمن مسند النعمان بن بشير ، وأخرجه مسلم في كتاب الهبات ، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٦٢٣ - ١٦٢٤) .

(٣) أخرجه مسلم في المصدر السابق .

باقي الأقارب بجامع القرابة ، وخرج منه الزوجات والموالي فلا يجب التعديل بينهم في الهبة ، و( لا ) يجب التعديل بينهم ( في شيء تافه ) لأنه يتسامح به فلا يحصل التأثر والتعديل الواجب أن يعطيهم ( بقدر إرثهم منه ) اقتداء بقسمة الله تعالى وقياساً لحالة الحياة على حال الموت . قال عطاء : فما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى .

« فائدة » : نص أحمد في رواية صالح، وعبد الله، وحنبل فيمن له أولاد زوج بعض بناته فجهزها وأعطاها قال : يعطي جميع ولده مثل ما أعطاها ، وعن جعفر بن محمد سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل له ولد يزوج الكبير وينفق عليه ويعطيه ، قال : ينبغي له أن يعطيهم كلهم مثل ما أعطاه أو يمنحهم مثل ذلك ، وري عنه المروذي وغيره معنى ذلك أيضاً ، وقد استوعبها الحارثي رحمه الله ، ( إلا في نفقة وكسوة فتجب الكفاية ) دون التعديل ، ونقل أبو طالب لا ينبغي أن يفضل أحداً من ولده في طعام وغيره . قال إبراهيم : كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبل . قال في الفروع : فدخل فيه نظر وقف . ( قال الشيخ : لا يجب على المسلم التسوية بين أولاد الذمة ) أي الذميين . ( انتهى ) . وكلام غيره لا يخالفه لأنهم غير وارثين منه .

( وله ) أي لمن ذكر من الأب والأم وغيرهما ( التخصيص ) لبعض أقاربه الذين يرثونه ( بإذن الباقي ) منهم ، لأن العلة في تحريم التخصيص كونه يورث العداوة وقطيعة الرحم وهي منتفية مع الإذن ، ( فإن خص بعضهم ) بالعطية ( أو فضله ) في الإعطاء (بلا إذن ) الباقي ( اثم ) لما تقدم ، ( وعليه الرجوع ) فيما خص أو فضل به ، حيث أمكن ( أو إعطاء الآخر ولو في مرض الموت ) المخوف ( حتى يستووا ) بمن خصه أو فضله . قال في الاختيارات : وينبغي أن يكون على الفور ( كما لو زوج أحد بنيه في صحته وأدى عنه الصداق ثم مرض الأب ) مرض الموت المخوف ، ( فإنه يعطي ابنه الآخر كما أعطى الأول ) ليحصل التعديل بينهما ولا يمكن الرجوع هنا ، لأن الزوجة ملكت الصداق بالعقد ، ( ولا يحسب ) ما يعطيه الأب لابنه الثاني ( من الثلث ) مع أنه عطية في مرض الموت ، ( لأنه تدارك للواجب أشبه قضاء الدين ) ويجوز للأب تملك ما يعطيه للتسوية بلا حيلة ، قدمه الحارثي وصاحب الفروع ، ونقل ابن هانئ لا يعجبني أن يأكل منه شيئاً ، ( وإن مات ) المخصص أو المفضل ( قبل التسوية ) بين ورثته ( ثبت ) أي استقر الملك ( للمعطى ) فلا يشاركه فيه بقية الورثة لأنها عطية لذي رحم ، فلزمت بالموت كما لو انفرد ( ما لم تكن العطية في مرض الموت ) المخوف فحكمها كالوصية ، ويأتي ، ( والتسوية هنا ) بين الأولاد والإخوة لغير أم ونحوهم ( القسمة للذكر مثل حظ الأنثيين ) وتقدم ذلك في قوله بقدر إرثهم ، وهو أوضح من هذا ( والرجوع المذكور ) أي

رجوع المخصص، أو المنفصل بعد القبض (يختص بالأب دون الأم وغيرها) كالجد والابن والأخوة والأعمام ، ( وتحرم الشهادة على التخصيص والتفضيل تحملاً وأداء ، ولو) كان الأداء ( بعد موت المخصص والمفضل إذا علم ) الشاهد بالتخصيص أو التفضيل لما تقدم من قوله ﷺ في حديث النعمان بن بشير لا تشهدني على جور ، فإن قيل : فقد ورد بلفظ فاشهد على هذا غيري وهو أمر وأقل أحواله الاستحباب ، فكيف تحرم الشهادة ، فالجواب أنه تهديد كقوله تعالى : ﴿ اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ ﴾ [1] ، ولو لم يفهم هذا المعنى بشير لبادر إلى الامتثال ولم يرد العطية ، ( وكذا كل عقد مختلف فيه فاسد عند الشاهد ) كنكاح بلا ولي وبيع غير مليء ولا موصوف ونحوه إن لم يحكم به من يراه حرم على الحنبلي أن يشهد به تحملاً وأداً قياساً على ما سبق .

( وتكره ) الشهادة ( على عقد نكاح ) من ( محرم بنسك ) حج أو عمرة ، والمراد إذا كان النكاح صحيحاً بأن كان الزوجان والولي حلالاً وإلا حرمت الشهادة ، لأن النكاح فاسد ، ( وتقدم في محظورات الإحرام ) بأوضح من هذا ، ولا فرق في امتناع التخصيص والتفضيل بين كون البعض ذا حاجة أو زمانة، أو عمى، أو صلاح، أو علم، أو لا ولا بين كون البعض الآخر فاسقاً، أو مبتدعاً، أو مبذراً أو لا ، وهو ظاهر كلام الأصحاب، ونص عليه في رواية يوسف بن موسى [2] في الرجل له الولد البار الصالح وآخر غير بار لا ينيل البار دون الآخر، ( وقيل : إن أعطاه لمعنى فيه من حاج، أو زمانة، أو عمى، أو كثرة عائلة لاشتغاله بالعلم ونحوه ) كصلاحه، ( أو منع بعض ولده لفسقه، أو بدعته، أو لكونه يعصي الله بما يأخذه ونحوه جاز التخصيص ) والتفضيل بالأولى (اختاره الموفق وغيره ) استدلالاً بتخصيص الصديق عائشة رضي الله عنهما ، وليس إلا لامتيازها بالفضل ، ولنا عموم الأمر بالتسوية وفعل الصديق يحتمل أنه نحل معها غيرها أو أنه نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه المرض ونحوه ، ( ولا يكره ) للإنسان (قسم ماله بين وارثه ) على فرائض الله تعالى ، ( ولو أمكن أن يولد له ) لأنها قسمة ليس فيها جور ، فجازت في جميع ماله كبعضه ، ( فإن حدث له وارث ) بعد قسم ماله ( سوى بينه وبينهم ) بما تقدم ( وجوباً ) ليحصل التعديل ، ( وإن ولد له ) أي لمن قسم ماله بين وارثه في حياته ( ولد بعد موته استحب للمعطي أن يساوي المولود الحادث بعد أبيه ) لما فيه من الصلة وإزالة الشحناء ، ( ويستحب ) لمن أراد أن يقف شيئاً على أولاده أو غيرهم من أقاربه ( التسوية بينهم في الوقف ) بأن لا يفضل ذكراً على أنثى ، (وتقدم)

---

(١) سورة فصلت ، الآية : ٤٠ .

(٢) ذكره صاحب المنهج الأحمد بقوله : « يوسف بن موسى العطار الحربي » روي عن إمامنا أشياء ولم تعلم سنة وفاته ، راجع المصدر المذكور (٣٤٣/٥٥٢) جزء ١ ، والطبقات رقم (٥٥٠) .

ذلك ( في باب الوقف ) موضحاً ، ( وإن وقف ) شخص ( ثلثه ) فأقل ( في مرضه ) المخوف ( على بعض وارثه ) جاز ( أو وصي بوقفه ) أي الثلث ( عليهم ) أي على بعض وارثه ( جاز ) قال أحمد في رواية جماعة منهم الميموني : يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته ، فقيل له : أليس تذهب أنه لا وصية لوارث ؟ فقال : نعم ، والوقف غير الوصية ، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة أي ملكاً طلقاً ، واحتج في رواية أحمد بن الحسن [1] بحديث عمر رضي الله عنه ، حيث قال : « هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللهِ عُمَرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ إن حَدَثَ به حَادِثٌ أَنَّ ثَمْغاً صَدَقٌ وَالعَبْدُ الذي فيه ، والسَّهْمَ الذي بِخَيْبَرَ ، رَقِيقُهُ ، وَالْمَائَةُ وَسْقٍ الَّذي أَطْعَمَنِي مُحَمَّدٌ ﷺ تَلِيه حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيه ذَوِي الرَّأْي مِنْ أَهْلِه ، لَا يُبَاعَ وَلَا يُشْتَرَى ، تُنْفِقُهُ حَيْثُ تَرَى مِنَ السَّائِلِ وَالمَحْرُومِ وَذَوِي القُرْبَى ، وَلا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إنْ أَكَلَ أَو اشْتَرَى رَقِيقاً » [2] رواه أبو داود بنحو من هذا .

( ويجري ) الوقف على ورثته ( مجرى الوصية ) في أنه ينفذ إن خرج من الثلث كالوصية به لا في توقفه على الإجازة ، كما تقدم ، ( ولا يصح وقف مريض ) مرض الموت المخوف ( على أجنبي ) بزيادة على الثلث ، ( أو ) على ( وارث بزيادة على الثلث) أي ثلث ماله ، كالعطية في المرض ، والوصية . قال في التنقيح : ولو حيلة ، كعلي نفسه ثم عليه . انتهى . لأن الحيل غير جائزة إذا كانت وسيلة المحرم ، ( ولا يجوز لواهب ، ولا يصح أن يرجع في هبته ، ولو صدقة وهدية ونحلة ، أو نقوطاً وحمولة في عرس ونحوه ) لقوله ﷺ : « العَائِدُ فِي هِبَتِه كَالكَلْبِ يَقِيء ، ثُم يَعُودُ فِي قَيْئِه » [2] متفق عليه ، وفي رواية لأحمد : قال قتادة : ولا أعلم القيء إلا حراماً . وسواء عوض عنها أو لم يعوض ، لأن الهبة المطلقة لا تقتضي الثواب ، وتقدم ، ( أو ) أي ولو تعلق ( بالموهوب رغبة الغير بأن ناكح ) إنسان ( الولد ) الموهوب لوجود ذلك الذي وهبه له والده، بأن زوجه إن كان ذكراً، أو تزوجه إن كان أنثى لذلك، (أو داينه ) أي باعه أو أقرضه ، أو أجره ونحوه ( لوجود ذلك ) الذي وهبه أبوه له ، فإن ذلك لا يمنع رجوع الأب فيما وهبه لولده ، ولو أخره بعد قوله : إلا الأب الأقرب لكان أوضح،

---

(١) ذكره صاحب المنهج الأحمد بقوله : « أحمد بن الحسن أبو الحسن الترمذي الحافظ ، وذكر كثيراً من شمائله ، وقال : توفي في سنة بضع وأربعين ومائتين ، راجع المصدر المذكور (١٠٦/٤١) ، جزء ١ ، والطبقات رقم (١١) ، والخلاصة ص ٥ ، وتهذيب التهذيب : ٢٤/١ .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا ، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، الحديث (٢٨٧٩) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الهبة ، باب هبة الرجل لامرأته ، والمرأة لزوجها ، وأخرجه مسلم في كتاب الهبات ، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١٠٤٧) .

وقوله : ( بعد لزومها ) أي الهبة بأنواعها ، بالقبض متعلق بقوله : ولا يجوز لواهب ، ولا يصح أن يرجع ، وأما الرجوع قبل لزومها فجائز مطلقاً ( كالقيمة ) أي كما لا يجوز للواهب الرجوع في قيمة العين الموهوبة ولو تلفت عنده ( إلا الأب الأقرب ) لحديث ابن عمر وابن عباس يرفعانه ، قال : « لَيْسَ لأحَدٍ أنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً وَيَرْجِع فِيهَا ، إلا الوالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ »[1] رواه الترمذي وحسنه ، وفي بعض ألفاظ حديث بشير المتقدم ، من قوله ﷺ لبشير : « فَأَرْدُدْهُ » ، وروى « فَارْجِعْهُ » رواه مالك ، ولا فرق بين أب يقصد برجوعه التسوية بين أولاده ، وبين غيره ، ولو وهب كافر لولده الكافر شيئاً ثم أسلم الولد ، فلأبيه الرجوع في هبته خلافاً للشيخ تقي الدين ، ( ولو أسقط ) الأب (حقه من الرجوع ) فله الرجوع ، لأنه حق ثبت له بالشرع ، فلم يسقط بإسقاطه ، كما لو أسقط الولي حقه من ولاية النكاح ، وقال في المنتهي : يسقط رجوعه ، لأنه مجرد حقه ، وقد أسقطه ، والفرق بينه وبين ولاية النكاح أن ولاية النكاح حق عليه لله تعالى وللمرأة بدليل إثمه بالعضل بخلاف الرجوع ، فإنه حق للأب .

( ولو ادعى اثنان مولوداً ) مجهول النسب ، كل يقول : هو ابني ، ( فوهباه أو وهبه أحدهما شيئاً فلا رجوع ) لانتفاء ثبوت الدعوى ، ( وإن ثبت اللحاق بأحدهما ، ثبت ) له ( الرجوع ) لثبوت الأبوة ، ( ويشترط لوجود الأب ) أي لجوازه وصحته فيما وهبه لولده ( شروط ثلاثة : أحدها : أن تكون ) الهبة ( عيناً باقية في ملك الابن ) إلى رجوع أبيه ، ( فلا رجوع ) للأب ( في دينه على الولد بعد الإبراء ) منه لأنه إسقاط لا تمليك ، ( ولا في منفعة أباحها له ) أبوه ( بعد الاستيفاء ، كسكنى دار ونحوها ) لأنه إباحة واستيفاء المنفعة بمنزلة إتلافها ، ( فإن خرجت العين ) الموهوبة ( عن ملكه ) أي الابن (ببيع، أو هبة، أو وقف) ظاهره ولو على نفسه، ثم غيره خصوصاً إذا قلنا: ينتقل في الحال لمن بعده ، ( أو ) خرجت ( بغير ذلك ) بأن جعلها صداقاً لامرأة أو عوضاً على صلح ونحوه ، ( ثم عادت ) العين ( إليه ) أي الابن ( بسبب جديد كبيع ) ولو مع خيار، (أو هبة، أو وصية، أو إرث، أو نحوه) كأن أخذها عوضاً عن أرش جناية، أو قيمة متلف ( لم يملك ) الأب ( الرجوع ) فيها ، لأنها عادت إلى الولد بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه ، فلم يملك إزالته ، كما لو لم تكن موهوبة ، ( وإن عادت ) العين للولد

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٢٣٧/١ ضمن مسند ابن عمر ، وأخرجه أبو داود في السنن كتاب البيوع ، باب الرجوع في الهبة ، الحديث (٣٥٣٩) ، وأخرجه الترمذي في كتاب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، الحديث (٢١٣٢) ، وقال : « هذا حديث حسن صحيح » واللفظ له .

بعد بيعها ( كفسخ البيع بعيب ) فيها ، أو في الثمن ، ( أو ) عادت بـ ( إقالة ، أو ) عادت بفسخ لـ ( فلس المشتري ) بالثمن ( أو بفسخ خيار الشرط ، أو المجلس ) ملك الأب الرجوع فيها ، لعود الملك بالسبب الأول ، فكأنه ما انتقل ، وبه فارق العود بيع أو هبة أو نحوهما ، ( أو دبر ) الولد ( العبد ) الموهوب له من والده ، ( أو كاتبه ملك ) الأب ( الرجوع ) في العبد ، لأن التدبير والكتابة لا يمنعان التصرف في الرقبة بالبيع ونحوه ، فلم يمنعا الرجوع ، كما لو زوجه أو أجره ، ( وهو ) أي العبد الذي كاتبه الولد ، ثم رجع أبوه فيه ( مكاتب ) أي باق على كتابته للزومها ، فإذا أدى إلى الأب باقي مال الكتابة عتق ، وإن عجز رق ، كما لو باعه الابن ، ( وما أخذه الابن من دين الكتابة ) قبل رجوع الأب ( لم يأخذ منه أبوه ) لاستقرار ملكه عليه .

**الشرط ( الثاني** : أن تكون العين باقية في تصرف الولد ، فإن تلفت ) العين ( فلا رجوع ) للأب ( في قيمتها ) وتقدم ، ( وإن استولد ) الابن ( الأمة ) التي وهبها له أبوه لم يملك الرجوع لامتناع نقل الملك في أم الولد ، ( أو كان ) الأب ( وهبها له للاستعفاف لم يملك ) الأب ( الرجوع ) فيها ، وإن استغنى أو لم يستولدها ، لأن إعفافه واجب عليه ، ( وإن رهن ) الابن ( العين ) التي وهبها له أبوه وأقبضها ، فكذلك ( أو أفلس ) الابن ( وحجر عليه ، فكذلك ) أي فلا رجوع لأبيه ، لتعلق حق المرتهن والغرماء بالعين ، وفي الرجوع إبطال لذلك .

« **تنبيه** » : ما ذكره المصنف من أن الحجر عليه لفلس مانع من الرجوع . قال الحارثي : أنه الصوب بلا خلاف كما في الرهن ونحوه ، وبه صرح في المغني وصاحب المحرر وغيرهما . انتهى . ومقتضى ما قرره في المقنع : أنه غير مانع ، وتبعه في المنتهى ، لأنه لم يخالفه في التنقيح ، فإن أفلس ولم يحجر عليه ، ففيه روايتان أطلقهما في الشرح ، فإن حمل كلام المقنع والمنتهى على فلس لا حجر معه ، وافق ما ذكره الحارثي والشارح.

( فإن زال المانع ) بأن انفك الحجر والرهن ( ملك ) الأب ( الرجوع ) لأن ملك الابن لم يزل ، وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك ، فمنع الرجوع ، فإذا زال المانع (وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة ، كالوصية والهبة قبل القبض ) والرهن قبل القبض ، ( والوطء المجرد عن الإحبال والتزويج ) للرقيق ، ( والإجارة والمزارعة عليها، وجعلها مضاربة في عقد شركة لا يمنع ) الأب ( الرجوع ) لبقاء ملك الابن ، وسلطنة تصرفه ، ( وكذلك العتق المعلق ) على صفة قبل وجودها ، فلا يمنع الرجوع ، ( وإذا رجع ) الأب في العين ( وكان التصرف لازماً ، كالإجارة والتزويج والكتابة ، فهو) أي التصرف ( باق بحاله ) كاستمراره مع المشتري من الولد ، لكن تقدم

أن الأخذ بالشفعة تنفسخ به الإجارة والفرق أن للأب فعلاً في الإجارة ، لأن تمليكه لولده تسليط له على التصرف فيه ، ولا كذلك الشفيع . هذا ما ظهر لي والله أعلم .

( وإن كان ) التصرف ( جائزاً ، كالوصية والهبة قبل القبض ) والمزارعة والمضاربة والمشاركة ( بطل ) ذلك التصرف ، لأن استمرار حكمه مقيد ببقاء المعقود عليه ، وقد فات بخلاف الأول ( والتدبير والعتق المعلق بصفة ، لا يبقى حكمهما في حق الأب ) لأنهما لم يصدرا منه ، ( ومتى عاد ) المدبر، أو المعلق عتقه بصفة ( إلى ) ملك ( الابن عاد حكمهما ) لعود الصفة ، ( وإن وهبه لولد ولده لم يملك ) الواهب الأول ( الرجوع) لأن فيه إبطالاً لملك غير ابنه وهو لا يملك ( إلا أن يرجع هو ) أي الواهب الثاني في هبته لابنه ، فيملك الأول الرجوع حينئذ لأنه فسخ في هبته برجوعه ، فعاد إليه الملك بسببه الأول .

**الشرط ( الثالث : أن لا تزيد )** العين الموهوبة عند الولد ( زيادة متصلة تزيد قيمتها كالسمن والكبر والحمل وتعلم صنعة ، أو ) تعلم ( كتابة أو قرآن ) لأن الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيه كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع في الأصل لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص ، ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح، أو نصفه بالطلاق، أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري ، وقد يفارق الرد بالعب من جهة أن الرد من المشتري ، وقد رضي ببذل الزيادة، ( وإن زاد ) الموهوب ( ببرئه من مرض، أو صمم منع الرجوع ) كسائر الزيادات (وإن اختلف الأب وولده في حدوث زيادة ) بأن قال الولد : حدث فيه زيادة فمنعت الرجوع وأنكر الأب ، ( فقول الأب ) لأن الأصل عدم الزيادة ( ولا تمنع ) الزيادة (المنفصلة) الرجوع ( كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد ) لأن الرجوع في الأصل دون النماء ( والزيادة ) المنفصلة ( للولد ) لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ ، فكذا هنا ، ( فإن كانت ) الزيادة ( ولد أمة ) بأن حملت الأمة وولدت عند الولد ( امتنع الرجوع ) في الأم ( لتحريم التفريق ) بين الأم وولدها ، ( وإن وهبه ) أي وهب الأب ولده أمة أو بهيمة ( حاملاً فولدت في يد الابن ، فالولد زيادة متصلة ) أي باعتبار الكبر، ( وإن وهبه ) أمة أو بهيمة ( حائلاً ، ثم رجع ) الأب ( فيها حاملاً ، فإن زادت قيمتها) بالحمل ( فزيادة متصلة ) تمنع الرجوع ، ( وإن وهبه نخلاً فحملت فقبل التأبير زيادة متصلة ) تمنع الرجوع ( وبعده ) أي التأبير ، والمراد التشقق ( منفصلة ) لا تمنع الرجوع، نقله الحارثي عن الموفق واقتصر عليه ، ( وإن تلف بعض العين ) لم يمنع الرجوع في

الباقي منها ، ( أو نقصت قيمتها ) لم يمنع الرجوع ( أو أبق العبد ) الموهوب لم يمنع الرجوع لبقاء الملك ، أو ارتد الولد الموهوب له ( لم يمنع الرجوع ) لبقاء الملك ، ( ولا ضمان على الابن فيما تلف منها ، ولو ) كان التلف ( بفعله ) لأنه في ملكه ، ( وإن جنى العبد ) الموهوب للولد ( جناية يتعلق أرشها برقبته فللأب الرجوع فيه لبقاء ملك ولده عليه ، ويضمن ) الأب ( أرش الجناية ) لتعلقه برقبة العبد فيفديه، أو يسلمه، أو يبيعه فيها ، ( فإن جنى على العبد ) الموهوب للولد ( فرجع الأب فيه فارش الجناية عليه للابن) لأنها زيادة منفصلة ، ( وصفة الرجوع ) من الأب فيما وهبه لولده ( أن يقول : قد رجعت فيها ) أي الهبة ، ( أو ) يقول : ( ارتجعتها أو رددتها ونحوه ) كعدت فيها، أو أعدتها إلى ملكي ونحو ذلك ( من الألفاظ الدالة على الرجوع ) قال الحارثي : والأكمل رجعت فيما وهبته لك من كذا ومن الناس من قسمه إلى صريح ، وكناية بنية ولا بأس به ، وسواء ( علم الولد ) برجوع أبيه ( أو لم يعلم ) به ( ولا يحتاج ) الرجوع إلى (حكم حاكم ) لثبوته بالنص كفسخ معتقة تحت عبد ، ( وإن تصرف الأب فيه ) أي فيما وهبه لولده ( بعد قبض الابن ) لم يكن رجوعاً بغير قول ، ( أو وطيء ) الأب (الجارية) التي وهبها لولده وأقبضها له ، ( ولو نوى ) الأب ( به ) أي بالتصرف أو الوطء (الرجوع لم يكن) ذلك (رجوعاً بغير قول) لأن ملك الموهوب له ثابت يقيناً، فلا يزول إلا بيقين وهو صريح القول ، ( وإن سأل ) زوج ( امرأته هبة مهرها فوهبته ) له ثم ضرها ، فلها الرجوع ، ( أو قال ) زوج لزوجته : ( أنت طالق إن لم تبرئيني فأبرأته ) من مهرها ، ( ثم ضرها بطلاق أو غيره فلها الرجوع ) فيما وهبته من المهر، أو أبرأته منه ، لأن شاهد الحال يدل أنها لم تطب به نفساً ، وإنما أباحه الله عن طيب نفسها بقوله : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً ﴾ [1]. ، وغير الصداق كالصداق ، قاله في شرح المنتهى ، ويؤيده قول عمر أن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة ، فأيما امرأة أعطت زوجها شيئاً ، ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به ، رواه الأثرم . وقال الحارثي : المشهور عنه ، أي عن الإمام أن لا رجوع لواحد من الزوجين فيما وهب للآخر إلا أن تهب المرأة مهرها لسؤال منه ونحو ذلك ، فترجع ، ( إلا إن تبرعت به ) أي بمهرها ( من غير مسئلة ) الزوج ، فلا رجوع لها نصاً ، واحتج في رواية أحمد ابن إبراهيم الكوفي بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً ﴾ .

★ ★ ★

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٤ .

## ( فصل فيما يحل للوالد من مال ولده )

ولأب فقط إذا كان الأب ( حراً أن يتملك من مال ولده ما شاء ) . قال في الاختيارات : ما لم يتعلق به حق كالرهن والفلس ، وإن تعلق به رغبة كالمداينة والمناكحة، وقلنا : يجوز الرجوع في الهبة ، ففي التملك نظر ( مع حاجة الأب ) إلى تملك مال ولده ، ( و ) مع ( عدمها في صغر الولد، وكبره، وسخطه، ورضاه، وبعلمه وبغيره) لما روى سعيد والترمذي وحسنه عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « إنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ وَإِنَّ أَوْلادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » [1] ، وروى الطبراني في معجمه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « جَاءَ رَجُلٌ إلى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ : إنَّ أَبي احْتَاجَ مَالِي فَقَالَ أَنْتَ وَمَالُكَ لأبِيكَ » [2] ، ولأن الولد موهوب لأبيه بالنص القاطع وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله كعبده يؤيده ، إن سفيان بن عيينة قال في قوله تعالى : ﴿ وَلا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ ﴾ [3] ذكر الأقارب دون الأولاد لدخولهم في قوله: من بيوتكم لأن بيوت أولادهم كبيوتهم ، ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولي كمال نفسه ( دون أم وجد وغيرهما ) من سائر الأقارب ، لأن الأصل المنع خولف في الأب لدلالة النص وبقي ما عداه على الأصل ( بشروط ) ستة متعلق بتملك :

( أحدها : أن يكون ) ما يتملكه الأب ( فاضلاً عن حاجة الولد لئلا يضره ) بتملكه وهو منفي بقوله ﷺ : « لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ » ( فليس له ) أي الأب ( أن يتملك سريته وإن لم تكن ) سريته ( أم ولد ) للابن ( لأنها ملحقة بالزوجات ، ولا ) يتملك أيضاً

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٦/٣١ ، ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ ، والدارمي في السنن، كتاب البيوع ، باب في الكسب وعمل الرجل بيده ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع والإجارات ، باب في الرجل يأكل من مال ولده ، الحديث (٣٥٢٨) ، والنسائي في المجتبي من السنن، كتاب البيوع ، باب الحث على الكسب ، وابن ماجة في السنن : ٢/٧٢٣ ، كتاب التجارات ، باب الحث على المكاسب ، الحديث (٢١٣٧) ، وصححه ابن حبان ، وأورده الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٦٨)، كتاب البيوع ، باب في الكسب الطيب ، الحديث (١٠٩١) .

(٢) أخرجه أحمد في المسند : ٢/٢١٤ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الرجل يأكل كمن مال ولده ، الحدث (٣٥٣٠) ، واللفظ له ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/٧٦٩ كتاب التجارات ، باب مال الرجل من مال ولده ، الحديث (٢٢٩٢) .

(٣) سورة النور ، الآية : ٦١ .

(ما تعلقت حاجته به ) كآلة حرفة يتكسب بها ورأس مال تجارة ، لأن حاجة الإنسان مقدمة على دينه ، فلأن تقدم على أبيه بطريق الأولى .

الشرط ( **الثاني** : أن لا يعطيه ) الأب ( لولد آخر ) فلا يتملك من مال ولده زيد ليعطيه لولده عمرو لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه ، فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى .

الشرط ( **الثالث** : أن لا يكون ) التملك ( في مرض موت أحدهما ) أي الأب أو الولد لأنه بالمرض قد انعقد السبب القاطع للتملك .

الشرط ( **الرابع** : أن لا يكون الأب كافراً والابن مسلماً لا سيما إذا كان الابن كافراً ثم أسلم ، قاله الشيخ ) قال في الإنصاف : وهذا عين الصواب . انتهى لحديث الإسلام يعلو ولا يعلي ، ( وقال ) الشيخ أيضاً : ( الأشبه أن الأب المسلم ليس له أن يأخذ من مال ولده الكافر شيئاً ) لانقطاع الولاية والتوارث .

الشرط ( **الخامس** : أن يكون ) ما يتملكه الأب ( عيناً موجودة ) فلا يتملك دين ابنه لأنه لا يملك التصرف فيه قبل قبضه ، ( ويحصل تملكه ) أي الأب لمال ولده ( بقبض ) ما يتملكه ( مع قول ) تملكته أو نحوه ، ( أو نية ) قال في الفروع : ويتوجه أو قرينة، لأن القبض أعم من أن يكون للتملك أو غيره ، فاعتبر القول ، أو النية ليتعين وجه القبض ( وهو ) أي القبض مع ما ذكر .

الشرط ( **السادس** : ولا يصح تصرفه ) أي الأب ( فيه ) أي في مال ولده ( قبل ذلك) أي قبل القبض مع القول أو النية ، ( ولو عتقا ) لأن ملك الابن تام على مال نفسه ، يصح تصرفه فيه ويحل له وطء جواريه ، ولو كان الملك مشتركاً لم يحل له الوطء كما لا يجوز له وطء الجارية المشتركة ، وإنما للأب انتزاعها منه كالعين التي وهبها إياه ، (ولا يملك ) أب ( إبراء نفسه ) من دين ولده ، ( ولا ) يملك الأب أيضاً ( إبراء غريم ولده ، ولا ) يملك الأب ( تملكه ما في ذمة نفسه ، ولا ) تملك ما في ( ذمة غريم ولده ، ولا) يملك ( قبضه ) أي الدين ( منهما ) أي من نفسه وغريم ولده ، ( لأن الولد لم يملكه ) قبل قبضه ، ( ولو أقر ) الأب ( بقبض دين ولده ) من غريمه ، ( فأنكر الولد ) أن يكون أبوه قبض ( أو أقر ) بالقبض ( رجع ) الولد ( على غريمه ) بدينه لعدم براءته بالدفع إلى أبيه ، ( ورجع الغريم على الأب ) بما أخذه منه إن كان باقياً، وببدله إن كان تالفاً ، لأنه قبض ما ليس له قبضه لا بولاية ولا بوكالة ، فقول الإمام في رواية مهنا : ولو أقر بقبض دين ابنه فأنكر ، رجع على غريمه وهو على الأب : لا يعول على مفهومه

من أنه لو أقر لا يرجع ، لأنه يمكن أن يكون جواباً عن سؤال سائل ، فلا يحتج بمفهومه. ( قال الشيخ : لو أخذ ) الأب ( من مال ولده شيئاً ثم انفسخ سبب استحقاقه ) أي الشيء المأخوذ ، ( بحيث وجب رده إلى الذي كان مالكه ، مثل أن يأخذ ) الأب (صداق ابنته ، ثم يطلق الزوج ) قبل الدخول ، أو ينفسخ النكاح على وجه يسقط الصداق، ( أو يأخذ ) الأب ( ثمن السلعة التي باعها الولد ثم ترد السلعة، أو يأخذ ) الأب ( المبيع الذي اشتراه الولد ثم يفلس ) الولد ( بالثمن ) ويحجر عليه ويفسخ البائع ، (ونحو ذلك) كما لو فسخ البائع لعيب الثمن بعد أخذ الأب المبيع من ولده ، ( فالأقوى في جميع ) هذه ( الصور : أن للمالك الأول الرجوع على الأب ) لسبق حقه على تملك الأب ، ( ويأتي في الصداق : لو تزوجها على ألف لها وألف لأبيها ) إن ذلك يصح ، وأن الأب يملك بالقبض مع نية التملك ، وأنه إذا طلقها الزوج ، أو انفسخ النكاح قبل الدخول على وجه يسقطه رجع عليها لا على أبيها ، وهو يقتضي أن المذهب خلاف ما قاله الشيخ .

( وإن وطيء ) أب ( جارية ولده ) قبل تملكها ( فأحبلها صارت أم ولد له ) أي للأب، لأن إحباله لها يوجب نقل الملك إليه ، وحينئذ يكون الوطء مصادفاً للملك ، فإن لم تحبل فهي باقية على ملك الولد ( وولده ) أي الأب من جارية ولده ( حر ) لأنه من وطء انتفى فيه الحد للشبهة ، ( لا يلزمه قيمته ) لولده المنتقل عنه ملك الجارية لصيرورتها أم ولد للأب ودخولها في ملكه بالإحبال ، فلم تأت بالولد إلا في ملك الأب ( ولا ) يلزمه ( مهر ) لأن الوطء سبب نقل الملك فيها ، وإيجاب القيمة للولد ، والوطء الموجب للقيمة كالإتلاف ، فلا يجتمع معه المهر ، ( ولا حد ) لشبهة الملك ، ( ويعذر ) لأنه وطيء وطئاً محرماً ، أشبه وطء الأَمَة المشتركة بينه وبين غيره ، ( ويلزمه ) أي الأب ( قيمتها ) أي قيمة الأَمَة التي أولدها لولده لأنه أتلفها عليه ، لكن ليس له مطالبته بها ، ومحل انتقال الملك فيها للأب ، ( إن لم يكن الابن وطئها ) لأنها بالوطء تصير كحلائل الأبناء ، فتحرم على الأب ، ( ولا ينتقل الملك فيها إن كان الابن استولدها فلا تصير أم ولد للأب ) إذ أم الولد لا ينتقل الملك فيها ، ( وإن كان الابن وطئها ولو لم يستولدها لم يملكها الأب ) بالإحبال ، ( ولم تصر أم ولد له ) لأنها بالوطء ، صارت ملحقة بالزوجة فلا يصح أن يتملكها بالقول كما تقدم ، فلا يملكها بالإحبال ، ( وحرمت عليهما ) أي على الأب لأنها من موطوآت ابنه ، وعلى الابن لأنها موطوءة أبيه ، ( ولا يحد ) الأب بوطئه للأمة في هذه الحال لشبهة « أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ » .

( وإن وطيء ) الابن ( أمة أحد أبويه لم تصر أم ولد ) له إن حملت منه ، ( وولده

قن ويحد ) إن علم التحريم ، لأن الابن ليس له التملك على أحد من أبويه ، فلا شبهة له في الوطء، (وليس لولد، ولا لورثته مطالبة أبيه بدين قرض، ولا ثمن مبيع، ولا قيمة متلف، ولا أرش جناية ، ولا ) بأجرة ( ما انتفع به من ماله ) لما روى الخلال : « أنَّ رَجُلاً جَاءَ إلى النَّبيِّ ﷺ بِأَبِيهِ يَقْتَضِيهِ دَيْناً عَلَيْهِ ، فَقَالَ : أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ » ، ولأن المال أحد نوعي الحقوق ، فلم يملك مطالبة أبيه به كحقوق الأبدان ، ( ولا ) للابن ( أن يحيل عليه ) أي الأب ( بدينه ) لأنه لا يملك طلبه به فلا يملك الحوالة عليه ، ( ولا ) مطالبة للولد على والده ( بغير ذلك ) من سائر الحقوق لما تقدم ( إلا بنفقة ) أي الولد (الواجبة) على الأب لفقر الابن وعجزه عن التكسب ، فله الطلب بها ، ( زاد في الوجيز وحبسه عليها ) لقوله ﷺ لهند : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ »[1] .

( وله ) أي الولد ( مطالبته ) أي الأب ( بعين مال له ) أي الولد ( في يده ) أي الأب ، ( ويجري الربا بينهما ) أي بين الوالد وولده لتمام الملك للولد على ماله واستقلاله بالتصرف فيه ، ووجوب زكاته عليه ، وحل الوطء وتوريث ورثته ، وحديث: « أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ » على معنى سلطة التملك ، ويدل عليه إضافة المال للولد ، (ويثبت له ) أي الولد ( في ذمته ) أي الوالد ( الدين ) من بدل قرض، وثمن مبيع، وأجرة ونحوها ( ونحوه ) كأرش الجنايات وقيم المتلفات إعمالاً للسبب ، فإن ملك الولد تام ، والسبب إما إتلاف لمال الغير ، وإما قرض ونحوه فعقد يدخل تحت قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2] . ( قال في الموجز : لا يملك ) الولد ( إحضاره ) أي الأب ( في مجلس الحكم : فإن أحضره فادعى ) الولد عليه ، ( فأقر ) الأب بالدين ( أو قامت ) به ( بينة لم يحبس ) لما تقدم من حديث الخلال ، ( وإن وجد ) الولد ( عين ماله الذي أقرضه) لأبيه، ( أو باعه ) له ( ونحوه ) كعين ما غصبه منه ( بعد موته، فله ) أي الولد ( أخذه ) أي ما وجده من عين ماله ( إن لم يكن انتقد ثمنه لتعذر العوض ، قاله في التلخيص ، ولعله مبني على القول بأن الدين لا يثبت في ذمة الأب لولده ، فلما تعذر عليه العوض رجع بعين المال ، والمذهب أنه يثبت فيطالب بالعوض ، ( ولا يكون ) ما وجد من عين الولد بعد موت أبيه ( ميراثاً ) لورثة الأب ( بل ) هو ( له ) أي للولد المأخوذ منه ( دون سائر الورثة ) قال في تصحيح الفروع : هذا إذا صار إلى الأب بغير

---

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية ، باب قضية هند ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١١١٥) .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ١ .

تمليك ولا عقد معاوضة ، فأما إن صار إليه بنوع من ذلك ، فليس له الأخذ قولاً واحداً. والله أعلم . انتهى . قلت : فكيف تصور المسألة حينئذ مع قولهم ، عين ما أقرضه أو باعه ، وما قدمته أولى ، ( ولا يسقط دينه الذي عليه ) أي الأب ( بموته ، فيؤخذ من تركته ) كسائر الديون ، ( وتسقط جنايته ) أي أرشها بموت الأب . قال في شرح المنتهي: ولعل الفرق بينها وبين دين القرض وثمن المبيع ونحوهما : كون الأب أخذ عن هذا عوضاً ، بخلاف أرش الجناية ، وعلى هذا ينبغي أن يسقط عنه أيضاً دين الضمان إذا ضمن غريم ولده، ( ولو قضي الأب الدين الذي عليه لولده في مرضه، أو وصى بقضائه فمن رأس ماله ) لأنه حق ثابت عليه لا تهمة فيه ، فكان من رأس المال كالدين الأجنبي، ( ولولد الولد مطالبة جده بماله في ذمته ) من دين وأرش جناية وغيرهما كسائر الأقارب ، إن لم يكن انتقل إليه من أبيه لما تقدم أنه ليس لورثة الولد مطالبة أبيه بدينه ، ( وكذا الأم ) تطالب بدين ولدها ( ولا اعتراض للأب على تصرف الولد في مال نفسه بعقود المعاوضات وغيرها ) لتمام ملك الولد .

( والهدية تذهب الحقد ) لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « تَهَادُوا فَإِنَّ الهَدَايَا تَذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ » [1] والوحر - بفتح الحاء المهملة - الحقد والغيظ ، ( و ) الهدية ( تجلب المحبة ) لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « تَهَادُوا تَحَابُّوا » [2] . ( ولا ترد ) أي يكره رد الهدية ، (وإن قلت : كذراع أو كراع ) -بضم الكاف وتخفيف الراء وآخره عين مهملة- مستدق الساق من الرجل ، ومن حد الرسغ في اليد ، وهو من البقر والغنم بمنزلة الوظيف من الفرس والبعير ، ووظيف البعير : خفه ، وهو كالحافر للفرس ، لحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ : « لَوْ أُهْدِي إليَّ ذِرَاعٌ أَوْ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ » [3] ( خصوصاً الطيب ) لحديث : «ثَلاثَةٌ لا تُرَدَّ» [4] فعد منها الطيب ، وقوله : ( مع انتفاء مانع القبول ) متعلق بلا ترد.

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود الطيالسي في المسند (ص٣٠٧) ، الحديث (٢٣٣٣) ، ولفظه : « ولو نصف فرسن شاة » ، وأخرجه أحمد في المسند : ٤٠٥/٢ ، وأخره الترمذي في السنن : ٤٤١/٤ ، كتاب الهبة والولاء ، باب في حث النبي ﷺ على التهادي ، الحديث (٢١٣٠) ، واللفظ له ، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٦٩/٣) : « وفي إسناده أبو معشر المدني ، وتفرّد به وهو ضعيف » .

(٢) راجع تخريج (١) بنفس الصفحة . (٢) سبق تخريجه في عدة مواضع .

(٤) الحديث أخرجه الترمذي في السنن : ١٠٨/٥ ، كتاب الأدب ، باب ما جاء في كراهية رد الطيب ، الدحيث (٢٧٩٠) ، وقال : « هذا حديث غريب » ، وأخرجه في الشمائل (ص١١٠) ، باب ما جاء في تعطر الرسول ﷺ ، الحديث (٢١٩) ، واللفظ لهم ، وقد وهم العجلوني في كشف الخفاء : ٣٨٩/١ ، حيث عزا الحديث إلى أبي داود ولم نجده في السنن ولا في المراسيل ولم يعزه أحد من الأئمة لأبي داود .

(ويسن) لمن أهديت إليه ( أن يثيب عليها ) لحديث عائشة : « كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا »[1] أخرجه البخاري . ( فإن لم يستطع ) أن يثيب عليها (فليذكرها و ) لـ ( يثن على صاحبها ) الذي أهداها ، ( ويقول : جزاك الله خيراً ) لحديث جابر: « مَنْ أُعْطِيَ عَطَاءً فَوَجَدَ فَلْيُجْزِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِد فَلْيُثْنِ بِهِ ، فَمَنْ أَثْنَى بِهِ فَقَدْ شَكَرَهُ ، وَمَنْ كَتَمَهُ فَقَدْ كَفَرَهُ »[2] أخرجه أبو داود . ولحديث أسامة بن زيد مرفوعاً : « مَنْ صُنِعَ إِلَيْهِ مَعْرُوفٌ فَقَالَ : جَزَاكَ اللهُ خَيْراً فَقَدْ أَبْلَغَ فِي الثَّنَاءِ »[3] رواه الترمذي . وقال : حسن غريب ، ( ويقدم في الهدية الجار القريب بابه على ) الجار ( البعيد ) بابه ، لحديث عائشة قالت : « قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللهِ ، إنَّ لِي جَارَيْنِ فَإِلَى أَيِّهِمَا أُهْدِي ؟ قَالَ إلى أَقْرَبِهِمَا مِنْكِ بَاباً »[4] ، ( ويجوز ردها ) أي الهدية ( لأمور مثل أن يريد أخذها بعد معاوضة ، لحديث جابر في جمله ) قال له النبي ﷺ : « بِعْنِي جَمَلَكَ هَذَا ، قَالَ : قُلْتُ لا ، بَلْ هُوَ لَكَ ، قَالَ : لا ، بَلْ بِعْنِيهِ »[5] رواه مسلم ، ( أو يكون المعطى لا يقنع بالثواب المعتاد ) لما في القبول من المشقة حينئذ ( أو تكون ) الهدية ( بعد السؤال واستشراف النفس لها ) لحديث عمر : « إِذَا جَاءَكَ مِنْ هَذَا المَالِ شَيْءٌ وَأَنْتَ غَيْرُ مُسْتَشْرِفٍ وَلا سَائِلٍ فَخُذْهُ وَمَا لا فَلا تُتْبِعْهُ نَفْسَكَ »[6] ، وإشراف النفس فسره إبراهيم الحربي بأنه تطلب للشيء وارتفاع له وتعرض إليه ، ( أو لقطع المنة ) إذا كان على الآخذ

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب اللباس ، باب من لم يرد الطيب .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في الأدب المفرد (ص٨٦ – ٨٧) ، باب من صنع إليه معروف فليكافئه، الحديث (ـ٢١٥) ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الأدب ، باب في شكر المعروف ، الحديث (٤٨١٣) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/ ٣٧٩ ، كتاب البر والصلة ، باب ما جاء في التشبع بما لم يعطه ، الحديث (٢٠٣٤) ، واللفظ له ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٥٠٦) ، كتاب البر والصلة ، باب شكر المعروف ، الحديث (٢٠٧٣) .

(٣) الحديث أخرجه الترمذي من رواية أسامة بن زيد رضي الله عنه في السنن : ٤/ ٣٨٠ ، كتاب البر والصلة ، باب ما جاء في المتشبع بما لم يعطه ، الحديث (٢٠٣٥) ، وقال : « حديث حسن جيد غريب » ، وأخرجه النسائي في عمل اليوم والليلة ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ١/ ٥١ ، الحديث (١٠٣) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره السيوطي في الجامع الصغير ( المطبوع مع فيض القدير ) : ٦/ ١٧٢ ، الحديث (٨٨٢) .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الهبة ، باب بمن يبدأ بالهدية .

(٥) الحديث أخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب بيع البعير واستثناء ركوبه .

(٦) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الزكاة ، باب من أعطاه الله شيئاً من غير مسألة، وأخرجه مسلم في كتاب الزكاة ، باب إباحة الأخذ لمن أعطى من غير مسألة ولا إشراف .

فيه منه ، ( وقد يجب الرد كهدية صيد لمحرم ) لأنه عليه الصلاة والسلام « رَدَّ عَلَى الصَّعْبِ ابْنِ جَثَّامَةَ هَدِيَّةَ الحِمَارِ الوَحْشِيِّ ، وَقَالَ : إنَّا لَمْ نَرُدَّهُ عَلَيْكَ إلا أنَّا حُرُمٌ »[1] ، وكذا إن علم أنه أهدى حياً حرم القبول ، نقله في الآداب عن ابن الجوزي ، وجزم به في المنتهي .

★ ★ ★

## ( فصل في عطية المريض وما يلحق به )

( عطية المريض في غير مرض الموت ولو ) كان المرض ( مخوفاً ) كصحيح ، ( أو في) مرض ( غير مخوف كرمد، ووجع ضرس، وصداع ) أي وجع رأس، ( وجرب، وحمى يسيرة ساعة، أو نحوها، والإسهال اليسير من غير دم ونحوه ) بأن يكون منحرفاً لا يمكنه منعه ولا إمساكه ، فإن كان كذلك فهو مخوف ولو ساعة ، لأن من لحقه ذلك أسرع في هلاكه ، ذكره في المغني، ( ولو مات ) المعطي ( به ) بذلك المرض (أو صار) المرض ( مخوفاً ومات به ، كـ ) عطية ( صحيح ) لأنه في حكم الصحة ، لكونه لا يخاف منه في العادة ، ( و ) عطيته ( في مرض الموت المخوف كالبرسام ) -بفتح الموحدة- بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ ، فيختل عقل صاحبه . وقال عياض : ورم في الدماغ يتغير منه عقل الإنسان ويهذي ، ( ووجع القلب ، و) وجع ( الرئة ) فإنها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ، ( وذات الجنب ) قروح بباطن الجنب ، (والطاعون في بدنه) قال في شرح مسلم : الطاعون وباء معروف وهو بثر وورم مؤلم جداً يخرج مع لهب ويسود ما حوله ويخضر ويحمر حمرة بنفسجية ويحصل معه خفقان القلب ، ( أو وقع ) الطاعون ( ببلده ) لأنه مخوف إذا كان به، ( أو هاجت به الصفراء) لأنها تورثه يبوسة، ( أو البلغم ) لأنه يورثه شدة برودة ، ( والقولنج ) بأن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء ولا ينزل عنه ، ( والحمى المطبقة والرعاف الدائم ) لأنه يصفي الدم ، (والقيام المتدارك وهو الإسهال المتواتر ) الذي لا يستمسك ، وكذا إسهال معه دم لأنه يضعف القوة ، (والفالج) استرخاء لأحد شقي البدن لانصباب خلط بلغمي تفسد منه مسالك الروح ، فلج كعني ، فهو مفلوج ، قاله في القاموس ( في ) حال ( ابتدائه والسل ) -بكسر السين المهملة- داء معروف ( في ) حال ( انتهائه ) ويأتي مقابله ، ( وما قال مسلمان عدلان من أهل الطب لا ) ما قال ( واحد ولو لعدم ) غيره ( عند إشكاله )

---

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب جزاء الصيد ، باب إذا أهدى للمحرم حماراً وحشياً حياً لم يقبل ، وأخرجه مسلم في كتاب الحج ، باب تحريم الصيد للمحرم .

أي المرض.( إنه مخوف ) قال في الاختيارات : ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه ، أو يتساوى في الظن جانب البقاء ، والموت لأن أصحابنا جعلوا ضرب المخاض من الأمراض المخوفة ، وليس الهلاك غالباً ولا مساوياً للسلامة ، وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه، ويجوز حدوثه عنده ، وأقرب ما يقال: ما يكثر حصول الموت منه (فعطاياه ولو ) كانت ( عتقاً، ووقفاً، ومحاباة ) بأن باع بدون ثمن المثل، أو اشترى بأكثر ، ( كوصية في أنها لا تصح لوارث بشيء غير الوقف) للثلث فأقل ( ولا لأجنبي بزيادة على الثلث إلا بإجازة الورثة فيهما ) أي فيما إذا كانت لوارث بشيء ، وما إذا كانت لأجنبي بزيادة على الثلث ، لحديث أبي هريرة يرفعه : «إنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ » [1] رواه ابن ماجة ، فمفهومه ليس لكم أكثر من الثلث يؤيد ما روى عمران بن حصين : « أَنَّ رَجلاً أَعْتَقَ فِي مَرَضِه ستَّةَ أَعْبُدٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، فَاسْتَدْعَاهُمُ النَّبِيُّ ﷺ فَجَزَّأَهُمْ ثَلاثَةَ أَجْزَاءٍ فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً » [2] رواه مسلم ، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى ، ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت ، فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية ( إلا الكتابة ) لرقيقه، أو بعضه بمحاباة ، ( فلو حاباه ) سيده المريض مرض الموت ( فيها ) أي الكتابة ( جاز وتكون ) المحاباة حينئذ ( من رأس المال ) هذا معنى كلامه في الإنصاف، والتنقيح، والمنتهى ، لكن كلام المحرر، والفروع، والحارثي، وغيرهم يدل على أن الذي يصح من رأس المال هو الكتابة نفسها لأنها عقد معاوضة كالبيع من الغير. قال الحارثي : ثم إن وجدت محاباة فالمحاباة من الثلث ، وقد ناقش شارح المنتهى صاحب الإنصاف، وعارضه بكلام المحرر، والفروع ، وذكرا أنه لم يقف على كلام الحارثي وقد ذكرته لك ، فوقع الاشتباه على صاحب الانصاف، والتنقيح وتبعه من تبعه ، والحق أحق أن يتبع ، ( وكذا لو وصي بكتابة بمحاباة ) فتكون المحاباة من رأس المال ، وفيه ما تقدم ، (وإطلاقها يكون بقيمته ) أي لو وصي السيد أن يكاتب عبده ، وأطلق بأن لم يقل عليّ كذا ، كوتب علي قيمته لأنه العدل ، ( وفرع في المستوعب على العتق ، فقال: وينفذ العتق في مرض الموت في الحال ، ويعتبر خروجه ) أي العتيق ( من الثلث بعد الموت لا حين العتق ، فلو أعتق في مرضه ) المخوف ( أمة تخرج من الثلث حال العتق لم يجز أن يتزوجها ) لاحتمال أن لا تخرج

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٩٠٤ ، كتاب الوصايا ، باب الوصية بالثلث ، الحديث (٢٧٠٩) ، وفي الزوائد في إسناده طلحة بن عمرو الحضرمي ، ضعفه غير واحد .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث .

من الثلث عند الموت فلا تعتق كلها ، ( إلا أن يصح ) المريض ( من مرضه ) فيصح تزوجها لنفوذ العتق قطعاً ، ( وإن وهبها ) أي وهب المريض أمة ( حرم على المتهب وطؤها حتى يبرأ الواهب، أو يموت ) فيتبين أنها خرجت من الثلث ، وذكر القاضي في خلافه يجوز للمتهب وطؤها أي قبل البرء والموت واستبعده الشيخ تقي الدين ، لأنه يتوقف على إجازة الورثة ، فكيف يجوز قبلها ؟ وقد يقال : هو في الظاهر ملكه بالقبض وموت الواهب وانتقال الحق إلى ورثته مظنون ، فلا يمنع التصرف ، قاله في القاعدة الثالثة والخمسين .

( والاستيلاء في المرض ) المخوف ( لا يعتبر من الثلث فإنه من قبيل الاستهلاك في مهور الأنكحة، وطيبات الأطعمة، ونفائس الثياب، والتداوي، ودفع الحاجات، ويقبل إقرار المريض به ) أي بالاستيلاد ونحوه لتمكنه من إنشائه ، ( ولو وهب في الصحة وأقبض في المرض ) لغير وارث ، ( فـ ) ما وهبه يعتبر ( من الثلث ) اعتباراً بوقت القبض لأنه وقت لزومها ، ( فأما الأمراض الممتدة كالسل ) في غير حال انتهائه ، ( والجذام، وحمى الربع ) وهي التي تأخذ يوماً وتذهب يومين وتعود في الرابع ، ( والفالج في دوامه ، فإن صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة ، وإلا ) بأن لم يصر صاحبها صاحب فراش، ( فعطاياه كصحيح، والهرم إن صار صاحب فراش فكمخوف ) أي كالمريض مرضاً مخوفاً، ( ومن كان بين الصفين عند التحام حرب هو فيه واختلطت الطائفتان للقتال ، سواء كانت متفقتين في الدين أو لا ) لوجود خوف التلف ، ( وكانت كل واحدة منهما ) أي من الطائفتين ( مكافئة للأخرى، أو ) كانت ( إحداهما مقهورة، وهرب منها فكمرض مخوف ) لأن توقع التلف هنا كتوقع المريض أو أكثر ، فوجب أن يلحق به ، ( فأما ) من كان من ( القاهرة بعد ظهورها، أو كان ) من إحدى الطائفتين، و( كل من الطائفتين متميزة ) عن الأخرى ( لم يختلطوا ) للحرب ( وبينهما رمي سهام ، أو لا فليس ) حاله (بـ ) منزلة مرض ( مخوف ) لأنه لا يتوقع التلف قريباً .

( ومن كان في لجة البحر عند هيجانه ) أي ثورانه بهبوب الريح العاصف فكمرض مخوف ، لأن الله تعالى وصف هذه الحالة بشدة الخوف بقوله : ﴿ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ ﴾ (١) ، ( أو قدم ليقتل قصاصاً، أو غيره ) فكمرض مخوف وأولى لظهور التلف وقربه ، ( أو أسر عند من عادتهم القتل ) فكمرض مخوف لأنه يترقبه ، وإن لم يكن عادتهم القتل فعطاياه كصحيح، ( أو حامل عند مخاض ) أي طلق ( حتى تنجو من نفاسها مع ألم ، ولو ) كان الطلق ( بسقط تام الخلق ) فكمرض مخوف للخوف الشديد

---

(١) سورة يونس ، الآية : ٢٢ .

( بخلاف المضغة ) إذا وضعتها فعطاياها كعطايا الصحيح ، ( إلا أن يكون ثم مرض أو ألم ) قاله في المغني ، فعطاياها إذن كالمريض المخوف ، ( أو حبس ليقتل ) فكمرض مخوف ، ( أو جرح جرحاً موحياً مع ثبات عقله فكمرض مخوف ) لأن عمر رضي الله عنه لما جرح سقاه الطبيب لبناً ، فخرج من جرحه ، فقال له الطبيب : « اعْهَدْ إلى النّاسِ فَعَهِدَ إلَيْهِمْ وَوَصَّى » فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته . وعليّ رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى ، فلم يحكم ببطلان قوله ، ومع عدم ثبات عقله لا حكم لعطيته ، بل ولا لكلامه ، ( وحكم من ذبح ) كميت، ( أو أبينت حشوته وهي أمعاؤه لا خرقها فقط ) من غير إبانة ( كميت ) فلا يعتد بكلامه . قال المرفق في فتاويه : إن خرجت خشونة، ولم تبن ثم مات ولده ورثه ، وإن أبينت ، فالظاهر يرثه لأن الموت زهوق النفس، وخروج الروح ولم يوجد ، ولأن الطفل يرث ويورث بمجرد استهلاله ، وإن كان لا يدل على حياة أثبت من حياة هذا . قال في الفروع : وظاهر هذا من الشيخ أن من ذبح ليس كميت مع بقاء روحه ، ( ولو علق صحيح عتق عبد ) على صفة كقدوم زيد، أو نزول مطر ونحوه ، ( فوجد شرطه ) أي ما علق العتق عليه ( في مرضه ) المخوف ( ولو ) كان وجوده ( بغير اختيار ، فـ ) عتق العبد يعتبر ( من ثلثه ) اعتباراً بوقت وجوذ الصفة ، لأنه وقت نفوذ العتق .

( وإن اختلف الورثة وصاحب العطية هل أعطيها في الصحة ) فتكون من رأس المال ، ( أو ) أعطيها في ( المرض ) فتعتبر من ثلثه ، ( فـ ) القول ( قولهم ) نقله عن الفروع في شرح المنتهي . وقال : نقله مهنا في العتق ، ذكره آخر العطية ، وجزم به في المبدع في مسئلة العتق في تعارض البينتين . وقال الحارثي : إذا اختلف الوارث والمعطى هل المرض مخوف أم لا ؟ فالقول قول المعطى ، إذ الأصل عدم الخوف وعلى الوارث البينة . انتهى فمسئلتنا أولى .

( وإن كانت ) العطية ( في رأس الشهر واختلفا ) أي الوارث والمعطى ( في مرض المعطى فيه ) أي في رأس الشهر ، ( فقول المعطى ) -بفتح الطاء - أن المعطى -بكسرها- كان صحيحاً ، لأن الأصل عدم المرض ، ( وإن عجز الثلث عن التبرعات المنجزة بديء بالأول ، فالأول منها ) لأن السابق استحق الثلث ، فلم يسقط بما بعده ، والتبرع إزالة ملك فيما ليس بواجب بغير عوض ، واحترز بالمنجزة عن الوصية بالتبرع ، ( ولو كان فيها ) أي التبرعات ( عتق ) فهو كغيره من التبرعات ، وعنه يقدم عتق ، ( فإن تساوت) التبرعات المنجزة ( بأن وقعت دفعة واحدة ) وضاق الثلث عنها ولم تجزها الورثة ( قسم الثلث بين الجميع بالحصص ) لأنهم تساووا في الاستحقاق فيقسم بينهم على قدر حقوقهم

كغرماء المفلس . قال في المغني : فإن كانت كلها عتقاً أقرعنا بينهم فكملنا العتق كله في بعضهم لحديث عمران بن حصين ، ولأن القصد بالعتق تكميل الأحكام بخلاف غيره . وتبعه الحارثي وغيره ، ( وإذا قال المريض ) : مرض الموت المخوف ( إن أعتقت سعداً فسعيد حر ، ثم أعتق ) المريض ( سعداً عتق سعد وحده ، ولم يقرع بينهما ) لسبق عتق سعد ، ( ولورق بعض سعد لعجز الثلث عن ) قيمة ( كله فات إعتاق سعيد ) لعدم وجود شرطه ، ( وإن بقي من الثلث بعد إعتاق سعد ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ) أي من سعيد لوجود شرط عتقه ، ( وإن قال ) المريض : ( إن أعتقت سعداً فسعيد وعمرو حران ، ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثلث إلا أحدهم عتق سعد وحده ) لما تقدم ، ( وإن خرج من الثلث اثنان ، أو ) خرج ( واحد وبعض آخر عتق سعد ) لما تقدم ، ( وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث ) لإيقاع عتقهما معاً من غير تقدم لواحد على آخر ، ( ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث ) عتق سعد كاملاً بلا قرعة لما تقدم ، و( أقرعنا بينهما ) أي بين سعيد وعمرو ، ( لتكمل الحرية في أحدهما، وحصول التشقيص في الآخر ) لما تقدم ، ( وإن قال ) مريض : ( إن أعتقت سعداً فسعيد حر ) في حال إعتاقي ، فالحكم سواء ، ( أو ) قال : إن أعتقت سعداً (فسعيد، وعمرو حران في حال إعتاقي فالحكم سواء ) فيما تقدم من غير فرق لجعله عتق سعد شرطاً لعتق سعيد وحده، أو مع عمرو، ( ولو رق بعض سعد لفات شرط عتقهما، فإن كان الشرط في الصحة، والإعتاق ) أي وجود الصفة ( في المرض ، فالحكم على ما ذكرناه ) اعتباراً بوقت الإعتاق ، ( وإن قال ) مريض : ( إن تزوجت فعبدي حر ، فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل ، فالزيادة محاباة فتعتبر من الثلث ) لما تقدم .

( فإن لم يخرج من الثلث إلا المحاباة، أو العبد قدمت المحاباة ) لسبقها إن لم ترث المرأة الزوج لمانع ، أما إن ورثته فعلى المذهب : نتبين أن المحاباة لم تثبت إلا أن يجيزها الورثة ، فيتعين تقديم العتق للزومه من غير توقف على إجازة ، فيكون سابقاً ، قاله الحارثي والشارح ، ( وإن اجتمعت عطية ووصية وضاق الثلث عنهما ، ولم تجز ) الورثة ( جميعها قدمت العطية ) لأن العطية لازمة في حق المريض ، فقدمت على الوصية ، كعطية الصحة ، ( ولو قضي مريض بعض غرمائه ) دينه ( صح ) القضاء ، ( ولم يكن لبقية الغرماء الاعتراض عليه ) لأنه تصرف من جائز التصرف في محله وليس بتبرع ، (ولم يزاحم المقضي الباقون ) من الغرماء ، ( ولو لم تف تركته لبقية الديون ) لأنه أدى واجباً عليه كأداء ثمن المبيع ، ( وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكن دفعه ، وإسقاطه كأرش جناية عبده ) وأرش جنايته ، ( وما عاوض عليه بثمن المثل ) بيعاً، أو

شراءاً ، أو إجارة ونحوها ، ( ولو مع وارث ) فمن رأس المال ، لأنه لا تبرع فيها ولا تهمة، ( وما يتغابن الناس بمثله ) عادة ، ( فمن رأس المال ) لأنه يندرج في ثمن المثل ، لوقوع التعارف به ، ( ولا يبطل تبرعه ) أي المريض ( بإقراره بعده ) أي التبرع ( بدين ) لأن الحق ثبت بالتبرع في الظاهر ، ( ولو حابى ) المريض ( وارثه بطلت ) تصرفاته (في قدرها ) أي المحاباة ، ( إن لم تجز الورثة ) لأن المحاباة كالوصية وهي لوارث باطلة ، فكذا المحاباة ، ( وصحت في غيرها ) وهو ما لا محاباة فيه ( بقسطه ) لأن المانع من صحة البيع المحاباة ، وهي هنا مفقودة ، فعلى هذا لو باع شيئاً بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثمن ، لأنه تبرع له بنصف الثمن ، فبطل التصرف فيما تبرع به ، ( وللمشتري الفسخ ) لأن الصفقة تبعضت في حقه ، فشرع له ذلك دفعاً للضرر ، فإن فسخ وطلب قدر المحاباة ، أو طلب الإمضاء في الكل ، وتكميل حق الورثة من الثمن لم يكن له ذلك، ( وإن كان له ) أي الوارث المحابي ( شفيع ، فله ) أي الشفيع ( أخذه ) أي الشقص الذي وقعت فيه المحاباة ، لأن الشفعة تجب بالبيع الصحيح ، وقد وجد ، ( فإن أخذه ) الشفيع ( فلا خيار للمشتري ) لزوال الضرر عنه ، لأنه لو فسخ البيع رجع بالثمن، وقد حصل له من الشفيع ، ( ولو باع المريض أجنبياً ) شقصاً ( وحاباه ) في ثمنه ، ( وله ) أي الأجنبي ( شفيع وارث أخذها ) لما تقدم ( إن لم يكن حيلة ) على محاباة الوارث ، فإن كان كذلك لم يصح ، لأن الوسائل لها حكم المقاصد .

وقوله : ( لأن المحاباة لغيره ) أي الوارث متعلق بأخذها على أنه علة له كما لو وصى لغريم وارثه ، ولأنه إنما منع منها في حق الوارث لما فيها من التهمة من إيصال المال إلى بعض الورثة المنهي عنه شرعاً ، وهذا معدوم فيما إذا أخذ بالشفعة ، وإن أجر المريض نفسه وحابى المستأجر وارثاً كان أو غيره ، صح مجاناً بخلاف عبيده وبهائمه ، ( ويعتبر الثلث عند الموت ) لأن العطية معتبرة بالوصية . والثلث في الوصية معتبر بالموت ، لأنه وقت لزومها وقبولها وردها ، فكذلك في العطية ، ( فلو أعتق ) مريض ( عبداً لا يملك غيره ، ثم ملك ) المريض ( مالاً ، فخرج ) العبد ( من ثلثه تبينا أنه عتق كله ) لخروجه من الثلث عند الموت ، ( وإن صار عليه ) أي المريض ( دين يستغرقه ) أي العبد ( لم يعتق منه شيء ) لأن الدين مقدم على الوصية ، والعتق في المرض في معناها ، فإن مات قبل سيده مات حراً ، قاله في المبدع .



## ( فصل في حكم العطية )[1]

حكم العطية في مرض الموت حكم الوصية في أشياء كما تقدم منها : أنه يقف نفوذها على خروجها من الثلث ، أو إجازة الورثة ، ومنها : أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة الورثة ، ومنها : أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة ، ومنها : أنها تتزاحم في الثلث إذا وقعت دفعة واحدة كتزاحم الوصايا ، ومنها : أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده . ( وتفارق العطية ) في المرض ( الوصية في أربعة أشياء :

**أحدها** : أن يبدأ بالأول فالأول منها ) لوقوعها لازمة ، ( والوصية يسوي بين متقدمها ومتأخرها ) لأنها تبرع بعد الموت ، فوجد دفعة واحدة .

**(الثاني**: لا يصح الرجوع في العطية) بعد القبض لأنها لازمة في حق المعطي ، ولو كثرت وإنما منع من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة ( بخلاف الوصية ) فإنه يملك الرجوع فيها ، لأن التبرع فيها مشروط بالموت فقبل الموت لم يوجد ، فهي كالهبة قبل القبول .

( **الثالث** : يعتبر قبوله للعطية عند وجودها ) لأنها تمليك في الحال ، ( والوصي بخلافه ) فإنها تمليك بعد الموت ، فاعتبر عند وجوده .

( **الرابع** : أن الملك يثبت في العطية من حينها ) بشروطها ، لأنها إن كانت هبة فمقتضاها تمليكه الموهوب في الحال كعطية الصحة ، وكذا إن كانت محاباة ، أو إعتاقاً .

( ويكون ) الملك ( مراعي ) لأنا لا نعلم هل هو مرض الموت أم لا ؟ ولا نعلم هل يستفيد مالاً، أو يتلف شيء من ماله ؟ فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره لنعمل بها . قال في الاختيارات : ذكر القاضي أن الموهوب له يقبض الهبة، ويتصرف فيها مع كونها موقوفة على الإجازة . وهذا ضعيف ، والذي ينبغي أن تسليم الموهوب إلى الموهوب له يذهب حيث يشاء ، وإرسال العبد المعتق، وإرسال المحابي لا يجوز ، بل لا بد أن يوقف أمر التبرعات على وجه يتمكن الوارث من ردها بعد الموت إذا شاء ، ( فإذا خرجت ) العطية (من ثلثه عند موته تبينا أنه ) أي الملك ( كان ثابتاً من حينه ) أي الإعطاء ، لأن المانع من ثبوته كونه زائداً على الثلث ، وقد تبين خلافه ، ( فلو أعتق ) رقيقاً في مرضه ، (أو وهب رقيقاً ) لغير وارثه ( في مرضه ، فكسب ) الرقيق ، ( ثم مات سيده فخرج ) الرقيق ( من الثلث كان كسبه له إن كان معتقاً ) لأنا تبينا حريته من حين العتق ، ( و ) كان كسب الرقيق ( للموهوب له إن كان موهوباً ) لأن الكسب تابع لملك الرقبة ، ( وإن

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

خرج بعضه ) من الثلث ( فلهما ) أي المعتق والموهوب له ( من كسبه بقدره ) أي بقدر ذلك البعض الخارج من الثلث ، ( فلو أعتق عبداً لا مال له سواه ، فكسب ) العبد (مثل قيمته قبل موت سيده ، فقد عتق منه شيء وله من كسبه شيء ) لأن الكسب يتبع ما تنفذ فيه العطية دون غيره ، فيلزم الدور لأن للعبد من كسبه بقدر ما عتق وباقيه لسيده ، ثم التركة اتسعت بحصة الرق لأن حصة العتق ملك للعبد بجزئه الحر ، فلا تدخل في التركة وإذا اتسعت التركة اتسعت الحرية فتزيد حصتها من الكسب ومن ضرورة هذا نقصان حصة التركة من الكسب فتنقص الحرية فتزيد التركة فتزيد الحرية ، فتدور زيادته على زيادته ونقصانه، ولاستخراج المقصود، وانفكاك الدور طرق حسابية اقتصر المصنف منها على طريق الجبر ، فتقول : عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء ، (ولورثة سيده شيئان ، فصار العبد وكسبه نصفين ) لأن العبد لما استحق بعتقه شيئاً وبكسبه شيئاً كان له في الجملة شيئان وللورثة شيئان ، ( فيعتق منه نصفه، وله نصف كسبه ) غير محسوب عليه ، لأنه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده ، ( وللورثة نصفهما ) وذلك مثلاً ما عتق ، ( فلو كان العبد يساوي عشرة فكسب قبل الوفاة مثلها ) عشرة ( عتق منه شيء وله من الكسب شيء وللورثة شيئان فيعتق نصفه ويأخذ خمسة ) لا تحسب عليه ، (وللورثة نصفه ) أي العبد ( وخمسة ) من كسبه ذلك مثلاً ما عتق .

( وإن كسب مثلي قيمته صار له ) من كسبه ( شيئان وعتق منه شيء وللورثة شيئان فيعتق منه ثلاثة أخماسه، وله ثلاثة أخماس من كسبه ، والباقي ) منه ومن كسبه (للورثة) وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته ، فقد عتق منه شيء وله ثلاثة أشياء من كسبه وللورثة شيئان ، فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه وللورثة الباقي ، ( وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء له نصف من كسبه وللورثة شيئان ) فالجميع ثلاثة أشياء ونصف ، أبسطها تكن سبعة له ثلاثة أسباعها ، ( فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه ، والباقي ) أربعة أسباع كسبه ( للورثة ، وإن كان ) العبد ( موهوباً لإنسان فله ) أي الموهوب له (من العبد بقدر ما عتق منه ) في المسائل السابقة ، ( وبقدره من كسبه ) لأن الكسب يتبع الملك . ولو كانت قيمته مائة وكسب تسعة ، فاجعل له من كل دينار شيئاً فقد عتق منه مائة شيء وله من كل دينار شيء ، فقد عتق منه مائة شيء، وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء ، فيعتق منه مائة جزء وتسعة أجزاء من ثلثمائة وتسعة ، وله من كسبه مثل ذلك، ولهم مائتا جزء من نفسه، ومائتا جزء من كسبه ، فإن كسبه كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد، ومن كسبه ما يقضي منه الدين، وما بقي منهما يقسم على ما تعمل في العبد الكامل وكسبه ، ( وإن أعتق جارية ثم وطئها بنكاح

أو غيره ) كشبهة ( ومهر مثلها نصف قيمتها ، فكما لو كسبت نصف قيمتها ) لأن مهور النساء كسب لهن ( يعتق منها ثلاثة أسباعها سبع يملكها له بمهرها ) ولا ولاء عليها لأحد، قاله في المبدع ، ونقله الحارثي عن بعض الأصحاب ولم يسمه ، ( وسبعان ) يعتقان ( بإعتاق المتوفي ) . قال في المبدع : وفي التشبيه نظر من حيث إن الكسب يزيد به ملك السيد وذلك يقتضي الزيادة في العتق، والمهر ينقصه ، وذلك يقتضي نقصان العتق، ونقله الحارثي عن بعض متأخري الأصحاب ، وقال هو كما قال : ( ولو وهبها ) المريض ( لمريض آخر لا مال له فوهبها الثاني للأول ) وماتا ( صحت هبة الأول في شيء وعاد إليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الآخر ثلثا شيء وللأول ) أي ورثته (شيئان) فاضربها في ثلاثة ليزول الكسر تكن ثمانية أشياء تعدل الأمة الموهوبة ، ( فلهم ) أي لورثة الأول ( ثلاثة أرباعها ) ستة ( ولورثة الثاني ربعها ) شيئان وإن شئت قلت : المسئلة من ثلاثة ، لأن الهبة صحت في ثلث المال ، وهبة الثاني صحت في الثلث ، فتكون من ثلاثة ، أضربها في أصل المسئلة تكن تسعة ، أسقط السهم الذي صحت فيه الهبة الثانية بقيت المسئلة من ثمانية .

( ولو باع مريضٌ قفيزاً لا يملك غيره يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة وهما ) أي القفيزان من ( جنس واحد ، فيحتاج إلى تصحيح البيع في جزء منه مع التخلص من الربا ) لكونه يحرم التفاضل بينهما ، ( فأسقط ) عشرة ( قيمة الرديء من ) ثلاثين قيمة ( الجيد ، ثم انسب الثلث إلى الباقي وهو عشرة من عشرين تجده نصفها ، فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الرديء ) لأن ذلك مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميع الثمن ، أشبه ما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في إحداهما بعيب أو غيره ، ( ويبطل ) البيع ( فيما بقي ) لانتفاء المقتضي للصحة ، ولم يصح في الجيد بقيمة الرديء ويبطل في غيره ( حذاراً من ربا الفضل ) لكونه بيع ثلث الجيد بكل الرديء وذلك ربا ، ( ولا شيء للمشتري سوى الخيار ) لتفريق الصفقة ، ( وإن شئت في عملها ) أي عمل الأخير ، ( فانسب ثلث الأكثر ) وهو ثلاثون وثلثه عشرة فانسبها (من المحاباة) وهي عشرون تكن النصف ، ( فيصح البيع فيهما بالنسبة وهو هنا نصف الجيد بنصف الرديء ، وإن شئت فاضرب ما حاباه ) به وهو عشرون ( في ثلاثة ) مخرج الثلث ( يبلغ ستين ثم انسب قيمة الجيد ) ثلاثين ( إليها فهو نصفه ، فيصح بيع نصف الجيد بنصف الرديء ، وإن شئت فقل قدر المحاباة الثلثان ومخرجهما ثلاثة فخذ للمشتري سهمين منه ) أي من المخرج ، ( وهو ثلاثة وللورثة أربعة ) مثلاً ما للمشتري، ( ثم انسب المخرج ) وهو الثلاثة ( إلى الكل ) وهو الستة تجده ( بالنصف فيصح بيع

نصف أحدهما بنصف الآخر ، وبـ ) طريق ( الجبر ) يقال : ( يصح بيع شيء من الأعلى بشيء من الأدنى فقيمته ثلث شيء من الأعلى فتكون المحاباة بثلثي شيء منه ) أي الجيد ، ( فألقها منه يبقى قفيز إلا ثلثي شيء يعدل مثل المحاباة منه ، وهو شيء وثلث شيء ، فإذا جبرت قابلت عدل شيئين ، فالشيء نصف قفيز ) فإن كان الأدنى يساوي عشرين صحت في جميع الجيد بجميع الرديء ، وإن كان الأدنى يساوي خمسة عشر فاعمل على ما تقدم يصح بيع الجيد بثلثي الرديء ، ويبطل فيما عداه ، ( فلو لم يفض إلى الربا كما لو باعه عبداً يساوي ثلاثين لا يملك غيره بعشرة ولم تجز الورثة ) المحاباة (صح بيع ثلثه ) أي العبد ( بالعشرة والثلثان كالهبة ، فيرد الأجنبي نصفهما وهو عشرة، ويأخذ عشرة بالمحاباة ، وإن كانت المحاباة مع وارث صح البيع في ثلثه ) أي العبد بالعشرة ، ( ولا محاباة ) حيث لم تجز الورثة ، ( ولهما أي الأجنبي والوارث ) فسخه أي البيع لتفريق الصفقة ، ( وإذا أفضى إلى إقامة بزيادة، أو ) أفضى إلى ( ربا فضل فكالمسئلة الأولى ) فلو أسلف عشر في كر حنطة ، ثم أقاله في مرضه وقيمته ثلاثون صحت في نصفه بخمسة ، وبطلت فيما بقي ، لئلا يفضي صحتها في أكثر من ذلك إلى الإقالة في السلم بزيادة إلا أن يكون وارثاً ، ( وقدم في الفروع وغيره في المسئلة الأولى ) وهي ما إذا باع المريض قفيزاً يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة ( أن له ) أي المشتري (ثلثه ) أي الجيد ( بالعشرة وثلثه بالمحاباة لنسبتهما من قيمته ، فيصح بقدر النسبة ، وإن أصدق ) مريض ( امرأة عشرة لا مال له غيرها وصداق مثلها خمسة ، فماتت قبله ثم مات ) فيدخلها الدور ، ( فـ ) نقول ( لها بالصداق خمسة ) وهي مهر مثلها ، ( وشيء بالمحاباة رجع إليه نصف ذلك ) إرثاً ( بموتها ) إن لم يكن لها ولد ( صار له سبعة ونصف إلا نصف شيء ) لأنه كان له خمسة الأشياء وورث اثنين ونصفاً ونصف شيء (يعدل شيئين ) لأنه مثلاً ما استحقته المرأة بالمحاباة ، وذلك شيء ( أجبرها بنصف شيء) ليعلم ( وقابل ) أي يزاد على الشيئين نصف شيء ليقابل ذلك النصف المزاد أي يبقى سبعة ونصف يعدل شيئين ونصفاً ( يخرج الشيء ثلاثة ، فلورثته ستة ) لأن لهم شيئين ، ( ولورثتها أربعة ) لأنه كان لها خمسة وشيء وذلك ثمانية ، رجع إلى ورثته نصفها وهي أربعة . والطريق في هذا أن تنظر ما بقي في يد ورثة الزوج فخمساه هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه ، وذلك لأنه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفاً والشيء هو خمساها ، وإن شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقي .

( وإن مات قبلها ورثته ) لأنها زوجته ( وسقطت المحاباة ) لأنها لوارث فلا تصح ، فإن قام بها مانع نحو كفر لم تسقط لعدم الإرث ، ( ولو وهبها ) أي وهب المريض

زوجته ( كل ماله فماتت قبله ) ثم مات ( فلورثته أربعة أخماسه ولورثتها خمسة ) وطريق ذلك بالجبر أن تقول : صحت الهبة في شيء وعاد إليه نصفه بالإرث يبقى لورثته المال كله إلا نصف شيء يعدل ذلك شيئين ، فإذا جبرت وقابلت خرج الشيء خمسي المال وهو ما صحت فيه الهبة فيحصل لورثته أربعة أخماس ولعصبتها خمسه ، ( ويأتي في الخلع له تتمة إن شاء الله ) تعالى .

( وللمريض لبس الناعم وأكل الطيب لحاجة ) لأن حق وارثه لم يتعلق بعين ماله، وإن فعله لتفويت الورثة منع من ذلك ) لأنه لا يستدرك كإتلافه . قال في الاختيارات : ودعوة المريض فيما خرج عن العادة ينبغي أن يعتبر من الثلث .



## فصل

لو ملك في صحته ( ابن عمه فأقر في مرضه أنه ) كان ( أعتقه في صحته ) عتق من رأس ماله، ( أو ملك ) المريض ( من يعتق عليه ) كأبيه وعمه ( بهبة، أو وصية عتق من رأس ماله ) لأنه لا تبرع فيه ، إذ التبرع بالمال إنما هو بالعطية، أو الإتلاف، أو التسبب إليه. وهذا ليس بواحد منها ، والعتق ليس من فعله ، ولا يتوقف على اختياره ، فهو كالحقوق التي تلزم بالشرع، وقبول الهبة ونحوها ليس بعطية، ولا إتلاف لماله ، وإنما هو تحصيل لشيء تلف بتحصيله ، فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه وفارق الشراء ، فإنه تضييع لماله في ثمنه ، ( وورث ) لأنه لا مانع به من موانع الإرث ، ( فلو اشترى ) مريض ( ابنه ) ونحوه ( بخمسمائة ، و) هو ( يساوي ألفاً فقدر المحابا ) الحاصلة للمريض من البائع وهو خمسمائة ( من رأس ماله ) أي فلا يحتسب بها في التركة ولا عليها ، ويحسب الثمن من ثلثه وكذا ثمن كل من يعتق عليه ، لأنه عتق في المرض ، (ولو اشترى ) مريض ( من ) أي قريبه الذي إن مات ( يعتق على وارثه ) كمريض ورثه ابن عم له فوجد أخاً ابن عمه يباع فاشتراه ( صح ) الشراء ( وعتق على وارثه ) أخيه عند موت المشتري ، ( وإن دبر ) مريض ( ابن عمه ) أو ابن عم أبيه ونحوه ( عتق ) بموته ، ( ولم يرث ) لأن الإرث شرطه الحرية ولم تسبقه فلم يكن أهلاً للإرث ، ( ولو قال : أنت حر آخر حياتي ) ثم مات السيد ( عتق وورث ) لسبق الحرية الإرث ، ( وليس عتقه وصية له ) أي فلا يتوقف على إجازة الورثة لأنه حال العتق غير وارث ، وإنما يكون وارثاً بعد نفوذه ، ( ولو اشترى ) مريض ( من يعتق عليه ممن يرث ) منه كأبيه وابن عمه عتق من الثلث وورث لما تقدم، ( أو أعتق ) بمباشرة، أو تعليق ( ابن عمه ) ونحوه ( في

مرض عتق ) إن خرج ( من الثلث وورث ) لعدم المانع وتقدم ، ( وإن لم يخرج ) ثمن من يعتق عليه ، أو قيمة من أعتقه ( من الثلث عتق منه بقدره ) أي بقدر الثلث لأنه تبرع، ( ويرث بقدر ما فيه من الحرية ) لما سيأتي في إرث المبعض ، فلو اشترى أباه بكل ماله وترك ابناً عتق ثلث الأب على الميت ، وله ولاؤه وورث من نفسه بثلثه الحر ثلث سدس باقيها المرقوق ولا ولاء على هذا الجزء لأحد وبقية الثلثين تعتق على الابن ، وله ولاؤها ولو كان الثمن تسعة دنانير وقيمته ستة ، فقد حصل منه عطيتان محاباة البائع بثلث المال وعتق الأب فيتحاصان لتقارنهما ، لأن ملك المريض لأبيه مقارن لملك البائع لثمنه ، فللبائع ثلث الثلث محاباة ، وثلثاه للأب عتقاً يعتق به ثلث رقبته ويرد دينارين وثلثا الأب مع الدينارين تركة . وقوله في شرح المنتهي للابن ( فيه نظر ) بل للأب بثلثه الحر ثلث السدس والباقي للابن على ما تقدم ، ( ولو أعتق ) مريض ( أمته وتزوجها في مرضه ) المخوف ، ثم مات ( ورثته ) لعدم المانع ( تعتق إن خرجت من الثلث ، ويصح النكاح وإلا ) بأن لم تخرج من الثلث ( عتق ) منها ( قدره وبطل النكاح ) أي تبينا بطلانه ، لأنه نكح مبعضة يملك بعضها ، فيبطل إرثها لبطلان سببه وهو النكاح ، ( ولو أعتقها ) في مرضه ( وقيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهما مهر مثلها ، ثم مات صح العتق ) والنكاح ، ( ولم تستحق الصداق لئلا يفضي إلى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها ) لأنها إذا استحقت الصداق لم يبق له سوى قيمة الأمة المقدر بقاؤها فلا ينفذ العتق في كلها للحجر عليه فيما زاد على الثلث ، وإذا بطل العتق في البعض بطل النكاح ، وإذا بطل النكاح بطل الصداق ، ولو أعتقها وأصدق المائتين أجنبية وهما مهر مثلها ومات قبل أن يتجدد له مال ، صح الإصداق ، وبطل العتق في ثلثي الأمة ، لأن الخروج من الثلث معتبر بحال الموت ، وحال الموت لم يبق له مال ، وكذا لو تلفت المائتان قبل موته .

( وإن تبرع ) مريض ( بثلث ماله ، ثم اشترى أباه من الثلثين صح الشراء ولم يعتق) منه شيء لسبق التبرع بالثلث ، ( فإذا مات ) المشتري ( عتق ) أبوه ( على الورثة إن كانوا ممن يعتق عليهم ) كالأولاد والأخوة لأب لأنهم ملكوا من يعتق عليهم ، ( ولا يرث ) الأب من ابنه شيئاً ( لأنه لم يعتق في حياته ) ومن شرط الإرث حرية الوارث عند الموت .



# كتاب الوصايا

يقال : وصى توصية وأوصى إيصاء ، والاسم الوصية والوصاة ، والوصاية -بفتح الواو وكسرها - والوصايا جمع وصية كقضايا جمع قضية ، وأصله وصائي بهمزة مكسورة بعد المد يليها ياء متحركة هي لام الكلمة فتحت هذه الهمزة العارضة في الجمع وقلبت الياء ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها فصار وصاآ ، فكرهوا اجتماع ألفين بينهما همزة فقلبوها ياء فصار وصايا . قال في المبدع : ولو قيل : إن وزنه فعالى ، وإن جمع المعتل خلاف جمع الصحيح لكان حسناً . انتهى وهي مأخوذة من وصيت الشيء أصية إذا وصلته ، فإن الميت وصل ما كان فيه من أمر حياته بما بعده من أمر مماته .

( الوصية ) لغة : الأمر . قال تعالى : ﴿ وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ ﴾ (١) ، وقال : ﴿ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ ﴾ (٢) ، ومنه قول الخطيب أوصيكم بتقوى الله وطاعته .

وشرعاً : ( الأمر بالتصرف بعد الموت ) كأن يوصي إلى إنسان بتزويج بناته ، أو غسله أو الصلاة عليه إماماً ، أو الكلام على أصغار أولاده ، أو تفرقة ثلثه ونحوه . والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ أَنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ ﴾ (٣) . وأما السنة : فقوله ﷺ : « مَا حَقُّ امْرِيءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » (٤) متفق عليه ، وأوصى أبو بكر بالخلافة لعمر، ووصى بها عمر إلى أهل الشورى ، وخرج بقوله : « بعد الموت » الوكالة .

( ولا تجب ) الوصية لأجنبي لعدم دليل وجوبها ولا لقريب وآية : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ ﴾ (٥) منسوخة ، أخرجه أبو داود عن ابن عباس ، ( إلا من عليه دين) بلا بينة ( أو عنده وديعة ) بلا بينة، (أو عليه واجب) من زكاة، أو حج، أو كفارة أو نذر ، فيجب عليه أن ( يوصي بالخروج منه ) لأن أداء الأمانات والواجبات واجب

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٣٢ .

(٢) سورة الأنعام ، الآية : ١٥١ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ١٨٠ .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الوصايا ، باب الوصايا ، وأخرجه مسلم في كتاب الوصية، باب الوصية .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ١٨٠ .

وطريقة الوصية والحد السابق لأحد نوعي الوصية وذكر الثاني بقوله : ( والوصية بالمال التبرع به ) أي بالمال ( بعد الموت ) أخرج به الهبة ، ( وتصح الوصية ( من البالغ الرشيد ، سواء كان عدلاً ، أو فاسقاً رجلاً ، أو امرأة مسلماً ، أو كافراً ) لأن هبتهم صحيحة ، فالوصية أولى ، والمراد ما لم يعاين الموت ، قاله في الكافي لأنه لا قول له ، والوصية قول . قال في الآداب الكبرى : ولعل المراد ملك الموت فيكون كقول الرعاية وتقبل ، أي التوبة ما لم يعاين التائب الملك ، وقيل : ما دام مكلفاً ، وقيل : لما لم يغرغر ، أي تبلغ روحه حلقومه .

( و ) تصح الوصية ( من المحجور عليه لفلس ) وتقدم في الحجر لأن الحجر عليه لحظ الغرماء ، ولا ضرر عليهم لأنه إنما تنفذ وصيته في ثلثه بعد وفاء ديونه ، ( و ) تصح (من العبد ، والمكاتب ، والمدبر ، وأم الولد في غير المال ) لأن لهم عبادة صحيحة ، وأهلية تامة ، ( و ) أما وصيتهم ( في المال ) ، فـ ( إن ماتوا على الرق فلا وصية تصح لهم ) لانتفاء ملكهم ، ( ومن عتق منهم ثم مات ، ولم يغير وصيته صحت ) وصيته ، ( لأن الوصية تصح مع عدم المال كالفقير إذا وصى ولا شيء ) من المال ( له ، ثم استغنى ) صحت وصيته .

( وتصح ) الوصية ( من المحجور عليه لسفه بمال ) لأنها تمحضت نفعاً له من غير ضرر ، فصحت منه كعباداته ولأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله ، وليس في الوصية إضاعة له ، لأنه إن عاش كان ماله له ، وإن مات كان ثوابه له ، وهو أحوج إليه من غيره .

( ولا ) تصح الوصية من المحجور عليه لسفه ( على أولاده ) لأنه لا يملك أن يتصرف عليهم بنفسه فوصيته أولى .

( و ) تصح الوصية ( من مميز عاقل ) للوصية لأنها تصرف تمحض نفعاً له ، فصح منه كالإسلام والصلاة .

و( لا ) تصح الوصية ( من سكران ومجنون ) مطبق ( ومبرسم، وطفل دون التمييز ) لأنه لا حكم لكلامهم .

( ولا ) تصح الوصية ( ممن اعتقل لسانه بإشارة ولو فهمت إذا لم يكن مأيوساً من نطقه كقادر ) على الكلام ، وفي مصنف ابن أبي شيبة بسند صحيح عن قتادة عن خلاس: « أَنَّ امْرَأَةً قِيلَ لَهَا فِي مَرَضِهَا أَوْصِي بِكَذَا أَوْصِي بِكَذَا ، فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا ، فَلَمْ يُجِزْهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ » .

( ولا ) تصح الوصية ( من أخرس لا تفهم إشارته ، فإن فهمت ) إشارته ( صحت )

لأن تعبيره إنما يحصل بذلك عرفاً ، فهي كاللفظ من قادر عليه ، وفيه تنبيه على صحتها منه بالكتابة .

( وتصح ) الوصية ( في إفاقة من يخنق في بعض الأحيان ) لأنه في إفاقته عاقل ، (والضعيفُ في عقله إن منع ) ضعفه ( ذلك رشده في ماله فكسفيه ) تصح وصيته في ماله لا على ولده ، وإن لم يمنع رشده فهو جائز التصرف ، ( وإن وجدت وصيته بخطه الثابت ) أنه خطه ( بإقرار ورثته، أو بينة تعرف خطه صحت ) الوصية ( وعمل بها ) قال في الاختيارات : وتنفذ الوصية بالخط المعروف ، وكذا الإقرار إذا وجد في دفتره ، وهو مذهب الإمام أحمد . انتهى لقوله ﷺ : « مَا حَق امْرِيءٍ مُسْلِمٍ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » [1] ولم يذكر أمراً زائداً على الكتابة فدل على الاكتفاء بها . واستدل أيضاً بأنه ﷺ « كَتَبَ إلى عُمَّالِهِ وَغَيْرِهِمْ » ملزماً للعمل بتلك الكتابة ، وكذلك الخلفاء الراشدون من بعده ، ولأن الكتابة تنبيء عن المقصود فهي كاللفظ . قال القاضي في شرح المختصر : ثبوت الخط يتوقف على معاينة البينة، أو الحاكم لفعل الكتابة. وقال الحارثي : وقول أحمد إن كان عرف خطه وكان مشهور الخط ينفذ ما فيها يخالف ما قاله، فإنه أناط الحكم بالمعرفة والشهرة من غير اعتبار لمعاينة الفعل وهو الصحيح إلى أن قال : ولا شك أن المقصود حصول العلم بنسبة الخط إليه ، وذلك موجود بحيث يستقر في النفس استقراراً لا تردد معه ، فوجب الاكتفاء به ( ما لم يعلم رجوعه عنها ) أي الوصية فتبطل لأنها جائزة كما يأتي ، فله الرجوع عنها ، وإذا لم يعلم رجوعه عنها عمل بها ، ( وإن تطاولت مدته، وتغيرت أحوال الموصي ، مثل أن يوصي في مرض فبرأ منه ثم يموت بعد ) ذلك ، ( أو يقتل لأن الأصل بقاؤه ) أي الموصي على وصيته (وعكسها) أي عكس المسئلة ( ختمها ) أي الوصية ، ( والإشهاد عليها، ولم يعرف أنه خطه ) فلا يعمل به ( لكن لو تحقق أنه خطه من خارج عمل به ) أي بالخط ( لا بالإشهاد عليها ) مختومة لأنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه ، فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي إلى القاضي ، ( وعكس الوصية الحكم فإنه لا يجوز ) للقاضي الحكم ( برؤية خط الشاهد ) احتياطاً للحكم ، ( ولو رأى الحاكم حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به، أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم إنفاذ الحكم بما وجده ) بخطه تحت حكمه ، ( ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به ) على الصحيح احتياطاً . والفرق بين ذلك والوصية أنها سومح فيها بصحتها مع الغرر والخطر وبالمعدوم

---

(١) سبق تخريجه برقم (٤) (ص ٢١٤٧) .

والمجهول. فجازت المسامحة فيها بالعمل بالخط كالرواية بخلاف الحكم والشهادة ، (ويأتي) ذلك ( في باب كتاب القاضي إلى القاضي ، و ) يأتي ( أيضاً آخر الباب الذي قبله ) مفصلاً ، ( ويسن أن يكتب الموصي وصيته ) للحدث السابق ، ( و ) يسن أن (يشهد ) الموصي ( عليها ) بعد أن يسمعوها منه، أو تقرأ عليه ، فيقر بها قطعاً للنزاع .

( ويستحب أن يكتب في صدرها : هذا ما أوصى ) به ( فلان ) بن فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله، وأن الجنة حق، والنار حق، وأن الساعة آتية لا ريب فيها ، وأن الله يبعث من في القبور، وأوصى أهلي أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ، ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين ، وأوصيهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب يا نبي إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون لما ثبت عن أنس بن مالك قال : « هكَذَا كَانُوا يُوصُونَ »[1] أخرجه الدارمي خرجه أيضاً سعيد بن منصور ، وفي أوله كانوا يكتبون في صدور وصاياهم بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى » .

★ ★ ★

## ( فصل في حكم الوصية )

والوصية ببعض المال ليست واجبة لما قدمنا ، ( بل مستحبة ) لأنها بر ومعروف ، وعن معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال : « إنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ زِيَادَةً فِي حَسَنَاتِكُمْ لِيَجْعَلَهَا لَكُمْ زَكَاةً فِي أَعْمَالِكُمْ »[2] رواه الدارقطني ( لمن ترك خيراً وهو ) أي الخير ( المال الكثير عرفاً ) فلا يتقدر بشيء لأنه لا نص في تقديره (بخمس ماله ) روى عن أبي بكر، وعليّ رضي الله عنهما قال أبو بكر : « رَضِيتُ بِمَا رَضِيَ اللهُ تَعَالَى لِنَفْسِه » يعني في قوله تعالى : ﴿ وَاعْلَمُوا أنما غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ للهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ ﴾[3] ( لقريب فقير لا يرث ) لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين فخرج منه الوارثون بقوله ﷺ : « لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم وأقل ذلك الاستحباب ، ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل ، فكذا بعد الموت ، ( فإن كان القريب غنياً فلمسكين ، وعالم ، ودين ونحوهم ) كالغزاة .

( وتكره ) الوصية ( لغيره ) أي غير من ترك مالاً كثيراً ( إن كان له وارث ) محتاج

---

(١) الحديث أخرجه الدارمي في السنن : ٢/٤٩٧ ، كتاب الوصايا ، باب ما يستحب من الوصية من التشهد والكلام ، الحديث (٣١٨٢) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سورة الأنفال ، الآية : ٤١ .

كما في المغني ، لقوله ﷺ : « أَنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً »[1] قال: ولأن إعطاء القريب المحتاج ، خير من إعطائه الأجنبي ، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم ، كعطيتهم إياه فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم ، فعلى هذا يختلف الحال باختلاف الورثة ، في كثرتهم وقلتهم وغناهم وفقرهم ، ( ومن لا وارث له بفرض، أو عصبة، أو رحم تجوز وصيته بكل ماله ) روى عن ابن مسعود ، لأن منع مجاوزة الثلث ثبت لحق الورثة ، بدليل قوله ﷺ : « إِنَّكَ إِنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً » ، فحيث لا وارث ينتفي المنع لانتفاء علته ، ( فلو مات وترك زوجاً، أو زوجة لا غير ، و ) كان قد ( أوصي بجميع ماله ) لزيد أو الفقراء ، ( ورد ) الوصية أحد الزوجين ( بطلت ) الوصية ( في قدر فرضه من الثلثين ) فإن كان الراد زوجاً بطلت في الثلث ، لأن له نصف الثلثين ، وإن كانت زوجة بطلت في السدس ، لأن لها ربع الثلثين ، ( فيأخذ الموصي له الثلث ) لأنه لا يتوقف على إجازة ، ( ثم يأخذ أحد الزوجين فرضه من الباقي ، وهو الثلثان فيأخذ ربعهما ) وهو سدس ( إن كان ) الراد (زوجة ونصفهما ) وهو ثلث ( إن كان ) الراد ( زوجاً ، ثم يأخذ الموصي له من الباقي من الثلثين ) لأن الزوجين لا يرد عليهما ، فلا يأخذان من المال أكثر من فرضيهما ، (ولو أوصى أحد الزوجين للآخر بماله كله ، وليس له ) أي الموصي ( وارث غيره أخذ ) الموصي له ( المال كله إرثاً ووصية ) لما تقدم ، ( وتحرم الوصية ) على الصحيح من المذهب ، نص عليه ، قاله في الإنصاف ، ( وقيل : تكره ) قال في الإنصاف : ( وهو الأولى ) ولو قيل بالإباحة ، لكان له وجه ( اختاره جموع ) وجزم به في التبصرة والهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير والنظم وغيرهم ( على من له وارث غير أحد الزوجين بزيادة على الثلث، لأجنبي ، وبشيء ( مطلقاً ) لوارث ( سواء وجدت في صحة الموصي أو مرضه ، لقوله ﷺ لسعد حين قال : أوصى بمالي كله » قَالَ : لا ، قَالَ : فالشطرِ ، قَالَ : لا ، قَالَ: الثُّلُث ؟ قَالَ : الثُّلُث ، والثُّلُث كَثِيرُ ، إنك إِنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَفُونَ الناسَ »[2] متفق عليه ، ولقوله ﷺ : « إن الله أعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقهُ فَلا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ »[3] رواه الخمسة إلا النسائي .

---

(١) ، (٢) الحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير . . . ، وأخرجه مسلم في كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث .

(٣) الحديث أخرجه أبو داود الطيالسي في المسند (ص١٥) ، الحديث (١١٢٧) ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف : ٤٨/٩ - ٤٩ ، كتاب الولاء ، باب تولي غير مواليه ، الحديث (١٦٣٠٦) ، =

( وتصح هذه الوصية ) المحرمة ( وتقف على إجازة الورثة ) لحديث ابن عباس مرفوعاً: « لا تَجُوزُ وَصيَّةٌ لِوَارِثٍ ، إلا أنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ »[1] ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : « لا وَصِيَةَ لِوَارِثٍ إلا أنْ يُجيزَ الْوَرَثَةُ »[2] رواهما الدارقطني والاستثناء من النفي إثبات ، فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة ، ولو خلا عن الاستثناء ، فمعناه : لا وصية نافذة أو لازمة وما أشبه ذلك ، وهذان الحديثان مخصصان لما تقدم من العموم ، ولأن المنع من ذلك ، إنما هو الورثة ، فإذا رضوا بإسقاطه سقط ، ( إلا إذا أوصى بوقف ثلثه على بعض الورثة ؛ فيجوز ، وتقدم في الباب قبله ، وإن أسقط ) مريض ( عن وارثه ديناً ) فكوصية ( وإن أوصى بقضائه ) أي قضاء دين عن وارثه ، ( أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها ) فكوصية ، ( أو عفا عن جناية موجبها المال ) في مرضه المخوف ، ( فكالوصية ) يتوقف على إجازة باقي الورثة ، لأنه تبرع في المرض فهو كالعطية فيه ، ( وإن أوصى لولد وارثه ) بالثلث فما دون (صح) ذلك ، لأنها وصية لغير وارث ، ( فإن قصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله ) لأن الوسائل لها حكم المقاصد وتنفذ حكماً كما تقدم .

( وتصح وصية ) من صحيح ومريض ( لكل وارث بمعين ) من المال ( بقدر إرثه ، ولو لم تجز الورثة ، كرجل خلف ابناً وبنتاً ، و ) خلف ( عبداً قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون فوصي له به ) أي للابن بالعبد ، ( و ) وصى ( لها بها ) أي للبنت بالأمة ، فيصح ، لأن حق الوارث في القدر لا في العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته

---

= وأخرجه أحمد في المسند : ٥/ ٢٦٧ ، واللفظ له بزيادة فيه ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الوصايا ، باب ما جاء في الوصية للوارث ، الحديث (٢٨٧٠) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/ ٤٣٢ ، كتاب الوصايا ، باب ما جاء لا وصية لوارث ، الحديث (٢١٢٠) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٩٠٥ ، كتاب الوصايا ، باب لا وصية لوارث ، الحديث (٢٧١٣) ، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ٨/١٥٩ - ١٦٠ ، الحديث (٧٦١٥)'، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٦/ ٢٦٤ ، كتاب الوصايا ، باب نسخ الوصية للوالدين .

(١) حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني في سننه في الفرائض عن يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « ولا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » اهـ . قال ابن القطان « في كتابه » ، ويونس بن راشد قاضي خراساني ، قال أبو زرعة : لا بأس به ، وقال البخاري : كان مرجئاً ، وكان الحديث عنده ، أي عند ابن القطان حسن ، وأخرجه الدارقطني أيضاً عن عطاء عن ابن عباس مرفوعاً نحوه ، وعطاء الخراساني لم يدرك ابن عباس . قال عبد الحق في أحكامه : وقد وصله يونس بن راشد ، فرواه عن عطاء وعكرمة عن ابن عباس .

(٢) راجع ما قبله (١) بنفس الصفحة .

أو أجنبياً جميع ماله بثمن مثله ، فإن ذلك يصح ، ولو تضمن فوات عين جميع المال ، ( وكذا وقفه ) أي المريض الثلث فأقل على بعض ورثته ، وكذا وصيته بوقف الثلث فأقل على بعض ورثته ، وتقدم في الوقف ، فإن وقف أكثر من الثلث ، صح ( لكن بالإجازة فيما زاد على الثلث ، ولو كان الوارث ) الموقوف عليه ( واحداً ) لأنه يملك رده إذا كان على غيره ، فأحرى إذا كان على نفسه ، ( وإن لم يف الثلث بالوصايا ، ولم تجز الورثة تحاصوا فيه ) أي الثلث ، فيدخل النقص على كل منهم بقدر وصيته ، ( ولو ) كانت وصية بعضهم ( عتقاً كمسائل العول ) لأنهم تساووا في الأصل ، وتفاوتوا في المقدار ، فوجب أن يكون كذلك ، ( والعطايا المعلقة بالموت ، كقوله : إذا مت فأعطوا فلاناً كذا، أو ) إذا مت فـ ( أعتقوا فلاناً ، ونحوه وصايا كلها ) لأنها تبرع بعد الموت ، وهذا معنى الوصية كما تقدم ، ( ولو كانت ) الوصايا، والعطايا المعلقة بالموت ( في حال الصحة )، أو بعضها في الصحة ، وبعضها في المرض ؛ فيسوي بينهم ، ( ويسوي بين مقدمها ومؤخرها ) لأنها تبرع بعد الموت ، فوجد دفعة واحدة . وتقدم .

( و ) يسوي أيضاً ( بين العتق وغيره ) فلا يتقدم على غيره كما تقدم في العطايا ، (وإذا أوصى بعتق عبده ) المعين وخرج من الثلث ( لزم المورث إعتاقه ) لصحة الوصية ولزوم الوفاء بها ، ولا يعتق قبل إعتاقه ، ( ويجبره الحاكم عليه ) أي إعتاقه ( إن أبى ) أن يعتقه كسائر الحقوق عليه ، ( وإن أعتقه الوارث، أو الحاكم ) عند عدمه، أو امتناعه، (فهو) أي العبد ( حر من حين أعتقه ) لا من الموت . قال في الفروع : ويتوجه مثله في موصي بوقفه . وفي الروضة : الموصي بعتقه ليس بمدبر ، وله حكم المدبر في كل أحكامه ، ( وولاؤه للموصي ) لأنه السبب ، ( فإن كانت الوصية بعتقه إلى غير الوارث، كان الإعتاق إليه ) أي إلى من عينه الموصي ، ( ولم يملك ) ذلك ( غيره ) أي غير من عينه الموصي ( إذا لم يمتنع ) من الإعتاق ، فإن امتنع فالظاهر أن الوارث يقوم مقامه ، فإن امتنع فالحاكم ( وما كسب الموصي بعتقه بعد الموت وقبل الإعتاق ، فله ) أي للموصي بعتقه لاستحقاق الحرية فيها استحقاقاً لازماً . قال في الإنصاف : على الصحيح من المذهب ، وكره القاضي ، وابن عقيل ، وصاحب المحرر ، وغيرهم . وقدمه في القاعدة الثانية والثمانين . وقال ي المغني في آخر باب العتق : كسبه للورثة كأم الولد . انتهى ، والثاني جزم به في المنتهى في آخر باب الموصى له . قال الحارثي : وهو الصحيح ، ( وإن رد الورثة ما يقف على إجازتهم ) كالزائد على الثلث لأجنبي ، أو لوارث بشيء ( بطلت الوصية فيه ) أي فيما توقف على الإجازة فقط ، دون غيره ، فلو أوصى لأجنبي بالنصف فردوها بطلت في السدس خاصة لما تقدم ونفذت في الثلث .

## فصــل

وإجازتهم ، أي الورثة لما زاد على الثلث للأجنبي ، وللوارث بشيء ( تنفيذ ) لقول الموصي : ( لا هبة ) أي ليست إجازتهم هبة مبتدأة ، كما يقوله من قال ببطلان الوصية، ( فلا تفتقر ) الإجازة ( إلى شروطها ) أي الهبة ، والمراد بالشروط هنا : ما تتوقف عليه الصحة، وإن كان داخل الماهية ، فيتناول الأركان بدليل قوله: ( من الإيجاب والقبول، والقبض ونحوه ) كالعلم بما وقعت فيه الإجازة والقدرة على تسليمه، (ولا تثبت أحكامها ) أي الهبة فيما وقعت فيه الإجازة ، ( فلو كان المجيز أبا للمجاز له لم يكن له الرجوع ) فيما أجازه لابنه ، لأن الأب إنما يملك الرجوع فيما وهبه لابنه ، والإجازة تنفيذ لما وهبه غيره لابنه ، ( ولا يحنث بها ) أي بالإجازة ( من حلف لا يهب ) شيئاً ، فأجاز الوصية به ، لأن الإجازة ليست بهبة ، ( ولا يعتبر ) لصحة الإجازة ( أن يكون المجاز معلوماً ) لأنه ليس هبة ، ( ولو كان المجاز عتقاً كان الولاء للموصي تختص به ) أي بالإرث به ( عصبته ) دون باقي ورثته ، لأن الإجازة تنفيذ لفعل الميت ، ( ولو كان الموصي بعتقه أمة فولدت قبل العتق، وبعد الموت تبعها الولد ) في العتق ( كأم الولد ) والمدبرة، ( ولو قبل الموصي له الوصية المفتقرة إلى الإجازة ) لمجاوزتها الثلث، أو لكونها لوارث ( قبل الإجازة ثم أجيزت ) الوصية بعد قبولها ، ( فالملك ثابت له من حين قبوله) الوصية ، ولا يحتاج إلى قبول الإجازة لأنها تنفيذ لقول الموصى لا ابتداء عطية .

( وما جاوز الثلث من الوصايا إذا أجيز ) للموصي له ( زاحم به من لم يجاوز الثلث كوصيتين إحداهما مجاوزة الثلث، والأخرى غير مجاوزة ، كـ ) وصية ( نصف ، و ) وصية بـ ( ثلث ، فأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة ) وهي وصية النصف ، (فإن صاحب النصف يزاحم صاحب الثلث بنصف كامل فيقسم الثلث بينهما على خمسة) وهي بسط النصف، والثلث من مخرجهما ، وهو ستة ( لصاحب النصف ثلاثة أخماسه) أي الثلث ، ( وللآخر ) صاحب الثلث ( خمساه ، ثم يكمل لصاحب النصف ) نصفه (بالإجازة ) وإن قلنا : إنها عطية فإنما يزاحمه بثلث خاصة ، إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة لم تتلق من الميت ، فلا يزاحم بها الوصايا فيقسم الثلث بينهما نصفين ، ثم يكمل لصاحب النصف بالإجازة ، وإنما مثل المصنف لهذه لإشكالها على كثير ، ولذلك تممت بذكر المقابل ، ( ولو أجاز المريض في مرض موته وصية موروثة جازت غير معتبرة من ثلثه ) لأنها تنفيذ لا عطية . هذه طريقة أبي الخطاب ، وخالف في المنتهى تبعاً للقاضي في خلافه وصاحب المحرر ، فقال : تعتبر من ثلثه لأنه بالإجازة قد ترك حقاً مالياً كان يمكنه أن لا يتركه ، فهو كمحاباة صحيح في بيع خيار له ثم مرض زمنه .

( وإن كان ) المجاز ( وقفاً على المجيزين صح ) ولزم لأن الوقف ليس صادراً من المجيز ولا منسوباً إليه ، وإنما هو منفذ له ، ( ويكفي فيها ) أي الإجازة ( قول الوارث : أجزت، أو أمضيت، أو أنفذت ونحو ذلك ) كرضيت بما فعله ، ( فإذا قال ) الوارث : (ذلك لزمت الوصية) لأنها ليست بعطية ، وإلا لانعكست هذه الأحكام ، ( وإن أوصى أو وهب لوارث ) ظاهراً كأخ ، ( فصار عند الموت غير وارث ) لتجدد إن ( صحت ) الوصية والعطية إن خرجتا من الثلث ، لأن الاعتبار في الوصية بحال الموت ، لأنه الذي يحصل به الانتقال إلى الوارث والموصي له . والعطية ملحقة بالوصية في ذلك ( وعكسه) بأن أوصى له ، وهو غير وارث كأخيه مع وجود ابنه ، فصار عند الموت وارثاً لنحو موت ابنه ( بعكسه ) أي فتتوقف على إجازة باقي الورثة ( لأن اعتبار الوصية بالموت ) لما تقدم والغطية ملحقة بها .

( ولا تصح إجازتهم ) أي الورثة حيث اعتبرت إلا بعد الموت ، ( و ) لا يصح (ردهم) حيث ساغ ( إلا بعد موت الموصي ) لأنه حق لهم حينئذ ، فيصح منهم الإجازة والرد كسائر الحقوق ، ( فلو أجازوا قبل ذلك ) أي موت الموصي ( أو ردوا ) قبله، ( أو أذنوا لمورثهم في صحته، أو ) في ( مرضه بالوصية بجميع ماله ، ولو ) لأجنبي ، (أو) أذنوا له بالوصية بشيء ( لبعض ورثته فلهم الرد بعد موته ) ولا عبرة بما صدر منهم قبله، لأن الحق لم يكن له وقته ، كالمرأة تسقط مهرها قبل النكاح ، والشفيع يسقط شفعته قبل البيع ، ( ومن أجاز الوصية ) لوارث، أو أجنبي ( إذا كانت ) الوصية (جزءاً مشاعاً من التركة كنصفها ، ثم قال : إنما أجزت لأنني ظننت المال قليلاً ) بأن كانت ستة آلاف ، فقال : ظننته ثلاثة آلاف ، ( فالقول قوله ) أي المجيز ، لأن الغالب أن المجيز إنما يترك الاعتراض للموصي له في الوصية ، لأنه لا يرى المنازعة في ذلك القدر ويستخفه ، فإذا ادعى أنه إنما أجاز لظنه قلة المال ، كان الظاهر معه فصدق ( مع يمينه ) لأنه يحتمل كذبه ، ( وله ) أي المجيز ( الرجوع فيما زاد على ظنه ) لأن ما هو في ظنه قد أجازه فلا اعتراض له فيه ، فبقي ما ليس في ظنه ، فيرجع به ، ففي المثال يرجع بخمسمائة ويحصل للموصي له ألفان وخمسمائة ، ( إلا أن يكون المال ظاهراً لا يخفي ) فلا يقبل قول المجيز أنه ظنه قليلاً لأنه خلاف الظاهر ، ( أو تقوم بينة بعلمه ) أي المجيز ( بقدره ) أي المال ، فلا يقبل قوله ، ولا رجوع له عملاً بالبينة .

(وإن كان المجاز عيناً كعبد، أو فرس، أو) معين (يزيد على الثلث) وصى به، أو وهبه المريض ، فأجاز الوارث ، ( وقال ) بعد الإجازة : ( ظننت المال كثيراً تخرج الوصية من ثلثه ، فبان ) المال ( قليلاً، أو ظهر عليه دين لم أعلمه ) لم يقبل قوله ، ( أو كان المجاز

مبلغاً معلوماً ) كمائة درهم ، أو عشرة دنانير ، أو خمسة أوسق من بر تزيد على الثلث أوصى بها وأجازها الوارث ، ثم قال : ظننت الباقي كثيراً فبان قليلاً ، أو ظهر عليه دين لم أعلمه ( لم يقبل قوله ) ولم يملك الرجوع ، لأن المجاز معلوم لا جهالة فيه .

وقال الشيخ تقي الدين : وإن قال : ظننت قيمته ألفاً فبان أكثر قبل ، وليس نقضاً للحكم بصحة الإجازة ببينة ، أو إقرار . وقال : وإن أجاز ، وقال : أردت أن أصل الوصية قبل .

( ولا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف ) بخلاف الصبي والمجنون ، لأنها تبرع بالمال أشبهت الهبة (إلا المفلس والسفيه) فتصح الإجازة منهما لأنها تنفيذ لا ابتداء عطية.



## فصل

ولا يثبت الملك في الوصية ( للموصي له إلا بقبوله بعد الموت إن كان ) الموصي له (واحداً ) كزيد ( أو جمعاً محصوراً ) كأولاد عمر ، ولأنه تمليك مال فاعتبر قبوله كالهبة. قال أحمد : الهبة والوصية واحدة ( فوراً أو تراخياً ) أي يجوز القبول على الفور والتراخي ، ( ولا عبرة بقبوله ) الوصية قبل الموت ، ( و ) لا عبرة بـ ( رده ) الوصية (قبل الموت) لأنه قبله لم يثبت له حق ، ( ويحصل القبول باللفظ ) كقبلت ، ( وبما قام مقامه من الأخذ، والفعل الدال على الرضا ) كالبيع والهبة ، ( ويحصل الرد بقوله ) أي الموصي له ( رددت الوصية، أو ما أقبلها، أو ما أدى هذا المعنى ) نحو أبطلتها، ( ويجوز التصرف في الموصي به بعد ثبوت الملك بالقبول وقبل القبض ) ولو كان مكيلاً ونحوه ، لأن الملك استقر فيه بالقبول فلا يخشى انفساخه، ولا رجوع بدله على أحد كالوديعة بخلاف المبيع لأنه يخشى انفساخ البيع فيه ، ( وإن كانوا ) أي الموصي لهم ( غير محصورين كالفقهاء، والمساكين ومن لا يمكن حصرهم كبني تميم، أو على مصلحة كمسجد وحج لم يشترط القبول ولزمت ) الوصية ( بمجرد الموت ) لأن اعتبار القبول منهم متعذر، فسقط اعتباره كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفي به ، ( ولو كان فيهم ذو رحم من الموصي به مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه ) أي العبد ( فقير لم يعتق عليه ) لأن الملك لم يثبت لكل منهم إلا بالقبض ، ( وإن مات الموصي له قبل موت الموصي ) بطلت لأنها عطية صادفت المعطي ميتاً ، فلم تصح كما لو وهب ميتاً ، إلا أن يكون أوصى بقضاء دينه ، فلا تبطل كما يأتي ، ( أو رد ) الموصي له ( الوصية بعد موته ) أي الموصي ( بطلت ) الوصية لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه ، أشبه عفو

الشفيع عن الشفعة بعد البيع ، ( وإن ردها ) أي الموصي له ( بعد موته ) أي الموصي (وبعد قبوله ) لم تبطل ، ( ولو ) كان الرد ( قبل القبض ، ولو في مكيل ونحوه ) كموزون، ومعدود، ومذروع ، لأن الملك يحصل فيه بالقبول من غير قبض ، فلا يملك رده كسائر أملاكه ، ( أو مات الموصي له بقضاء دينه قبل موت الموصي لم تبطل ) الوصية ، لأن تفريغ ذمة الميت المدين بعد موته كتفريغها قبله لوجود الشغل في الحالين ، كما لو كان حياً .

( وإذا لم يقبل ) الموصي له الوصية ( بعد موته ) أي الموصي ، ( ولا رد ) الوصية (حكم عليه بالرد وبطل حقه من الوصية ) لأنها إنما تنتقل إلى ملكه بالقبول ولم يوجد ، ( وكل موضع صح فيه الرد بطلت فيه الوصية ) ويرجع الموصى به إلى التركة ، ويكون للوارث ولو خص به الراد واحداً منهم لم يتخصص ، وكان بين الكل ، لأن المردود عاد إلى ما كان قبل الوصية فلا اختصاص ، ( وكل موضع امتنع الرد فيه ) أي الموصي به (لاستقرار ملكه ) أي الموصي له ( عليه ) أى الموصي به ، ( فله أن يخص به بعض الورثة ) فيكون ابتداء تمليك ، لأن له تمليكه لأجنبي فله تمليكه لوارث ، وإذن لو قال : أردت الوصية لفلان فلا أثر لذلك إلا أن يقترن به ما يفيد تمليك فلان فيصح ، وفي المغني والمجرد يقال له : ما أردت ؟ فإن قال : أردت تمليكه إياها وتخصيصه بها فقبلها اختص بها ، وإن قال : أردت ردها إلى جميعهم ليرضي فلان بما رددت إلى جميعهم إذا قبلوها ، فإن قبلها بعضهم فله حصته . انتهى ، وفيه بحث قاله الحارثي .

( ويستقر الضمان على الورثة بمجرد موت مورثهم إذا كان المال ) المتروك ( عيناً حاضرة يتمكن ) الوارث ( من قبضها وتلفت ، فلو ترك ) الميت ( مائتي دينار وعبداً قيمته مائة ) دينار ( موصي به لرجل ) كزيد ، ( فسرقت الدنانير بعد موت الموصي ) وتمكن الورثة من قبضها ، ( فقال ) الإمام ( أحمد ) في رواية ابن منصور : ( وجب العبد للموصي له وذهبت دنانير الورثة ) لأن ملكهم استقر بثبوت سببه ، إذ هو لا يخشى انفساخه ، ولا رجوع لهم بالبدل على أحد ، فأشبه المودع ونحوه بخلاف المملوك بالعقود .

« تنبيه » : أركان الوصية أربعة : موص ، وتقدم الكلام عليه ، وموصي به وموصي له ويأتيان ، وصيغة ، وتقدمت الإشارة إليها وذكره أيضاً بقوله : ( وتنعقد الوصية بقوله : وصيت لك ) بكذا ( أو ) وصيت ( لزيد بكذا، أو أعطوه من مالي بعد موتي كذا أو ادفعوه إليه ) بعد موتي ، ( أو جعلته له ) أي بعد موتي ( أو هو له بعد موتي ، أو هو له من مالي بعد موتي ونحو ذلك ) مما يؤدي معنماه ، كملكته له بعد موتي .

( وتصح الوصية مطلقة ومقيدة ، فالمطلقة أن يقول : إن مت فثلثي للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول : إن مت من مرضي هذا، أو في هذه البلدة، أو في هذه السفرة فثلثي للمساكين ) كالوكالة والجعالة، ( فإن بريء ) الموصي (من مرضه، أو قدم) الموصي (من سفره، أو خرج من البلدة ثم مات بطلت) أي لم تنعقد ( الوصية) لعدم وجود شروطها، ( وإن مات الموصي له بعد موت الموصي وقبل الرد والقبول ) للوصية ( قام وارثه مقامه في القبول والرد ) للوصية ، لأنه حق ثبت للموروث فينتقل إلى الوارث بعد موته لقوله ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقاً فَلِوَرَثَتِه » [1] وكخيار العيب ، ولأن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين ، فلم تبطل بموت من له الخيار ، كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما ، وبهذين فارقت الهبة والبيع قبل القبول وأيضاً الوصية لا تبطل بموت الموجب لها ، فلم تبطل بموت الآخر ، ( فإن كان وارثه جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم فمن قبل منهم ) فله حكمه من لزوم الوصية في نصيبه ، ( أو رد ) منهم ، ( فله حكمه) من سقوط حقه من نصيبه وعوده لورثة الموصي ، ( فإن كان فيهم من ليس له التصرف ) وهو المحجور عليه ( قام وليه مقامه ) في ذلك ، ( فيفعل ما فيه الحظ ) للمحجور عليه كسائر حقوقه ، ( وإن فعل ) الولي ( غيره ) أي غير ما فيه الحظ ( لم يصح ) ، فإذا كان الحظ في قبولها لم يصح الرد ، وكان له قبولها بعد ذلك ، وإن كان الحظ في ردها لم يصح قبوله لها ، لأن الولي لا يملك التصرف في مال المولي عليه بغير ماله الحظ فيه، ( فلو وصي لصبي ) ذكر، أو أنثى، أو مجنون ( بذي رحم يعتق بملكه له ) كأبيه، وابنه وأخيه، وعمه ، ( وكان على الصبي ضرر في ذلك ) أي في قبول الوصية له ( بأن تلزمه نفقة الموصي به لكونه ) أي الموصي به ( فقيراً لا كسب له والمولي عليه موسر ) قادر على الإنفاق عليه ( لم يكن له ) أي الولي ( قبول الوصية ) لأنه لاحظ لمحجوره في قبولها ، ( وإن لم يكن عليه ) أي المحجور ( ضرر لكون الموصي به ذا كسب ولكون المولي عليه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين القبول ) لأن فيه منفعة بلا مضرة ، وتقدم في الحجر ، وحيث تقرر أنه لا يثبت الملك للموصي له المعين إلا بقبوله بعد الموت (فما حصل من كسب، أو نماء منفصل فيه ) أي في الموصى به ( بعد موت الموصي وقبل القبول ) والنماء المنفصل (كالولد، والثمرة، والكسب فللورثة لأنه ) أي الموصي به ( ملكهم ) فنماؤه لهم وتتبعها الزيادة المتصلة ، ( ولو كانت الوصية ) لزيد مثلاً ( بأمة فوطئها الوارث ) الموصي ( قبل القبول وأولدها صارت أم ولد له ) بمجرد الإحبال لأنها ولدت من مالكها ، ( ولا مهر

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

عليه ، وولده حر لا تلزمه قيمته ) لأنه من مالك ، ( وعليه ) أي الواطيء ( قيمتها للموصي له إن قبلها ) بعد ذلك كما لو أتلفها ، وإنما وجب له قيمتها بإتلافها قبل دخولها في ملكه بالقبول إذا قبلها بعد ذلك لثبوت حق التملك له فيها بموت الموصي ، فإن قيل : كيف قضيتم بكونها أم ولد له وهي لا تعتق بإعتاقه ؟ أجيب بأن الاستيلاد أقوى ، ولذلك يصح من المجنون، والشريك المعسر ، وإن لم يصح إعتاقه ، ( وإن وطئها ) أي الأمة ( الموصى له ) بها بعد موت الموصي ( كان ذلك قبولاً ) لأنه إنما يباح في الملك فتعاطيه دليل اختيار الملك ( كالهبة ، فيثبت له الملك به ) كقبوله باللفظ ، (وكوطء الزجعية ) تحصل به الرجعة ، ( ولو وصى له ) في نسخة لحر ( بزوجته فقبلها) الموصى له ( انفسخ النكاح ) لأن النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين ، ( فإن أتت بولد كانت حاملاً به وقت الوصية فهو موصي به معها ) تبعاً لها ، ( وإن حملت به بعد الوصية وولدته في حياة الموصي ، فهو ) أي الولد ( له ) أي للموصي تبعاً لأمه ، ( و ) إن ولدته بعد موته ( قبل القبول ، فـ ) الولد ( للورثة ) لأنه نماء ملكهم ، ( و ) يكون الولد ( لأبيه إن ولدته بعده ) أي بعد القبول تبعاً لأمه ( وكل موضع كان الولد للموصي له فإنه يعتق عليه ) بالملك ، لأنه ابنه ، ( وإن حملت ) الموصي بها ( به بعد موت الموصي ووضعته قبل القبول ، فـ ) الولد ( للورثة ) لأنه نماء ملكهم .

( و ) إن حملت ( به بعده ) أي بعد القبول ، فالولد ( لأبيه ) حر الأصل ، ( وأمه أم ولد ) لأنها كانت مملوكة له حال إحباله ( هذا كله إن خرجت من الثلث وإن لم تخرج ) كلها من الثلث ( ملك ) الموصى له ( منها بقدره ) أي الثلث إن لم تجز الورثة (وانفسخ النكاح ) لحصول الملك في البعض ، ( وكل موضع يكون الولد لأبيه فإنه يكون له منه هاهنا بقدر ملكه من أمه، وسري العتق إلى باقيه إن كان ) الموصى له ( موسراً ) بقيمة باقيه ، ( وإلا ) بأن لم يكن موسراً بقيمة باقية عتق ( ما ملك منه فقط ) ولا سراية لعدم وجود شرطها ، ( وكل موضع قلنا تكون أم ولد ) هناك ، ( فإنها تصير أم ولد هنا موسراً كان ) الموصى له ( أو معسراً ) لأن الاستيلاد من قبيل الاستهلاك وتقدم.

( وإن وصى له ) أي لزيد مثلاً ( بأبيه فمات ) زيد ( قبل القبول ) والرد ، ( فقبل ابنه ) الوصية ( صح ) القبول لقيامه مقامه ، ( وعتق عليه الجد ) بالملك ، ( ولم يرث ) العتيق ( من ابنه شيئاً ) لأن حريته إنما حصلت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره ، ولو كان الموصى به ابن أخ للموصي له ، وقد مات بعد موت الموصي ، فقبل ابنه لم يعتق عليه ابن عمه ، لأن القابل إنما تلقي الوصية من جهة الموصى لا من جهة أبيه . ولذا لا تقضي ديون موصى له مات بعد موص ، وقبل قبول من وصيته إذا قبلها وارثه ،

( ولو وصى له ) أي لزيد مثلاً ( بأرض فبنى الوارث فيها وغرس قبل القبول ثم قبل الموصى له فكبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه ) فيكون محترماً بتملكه الموصى له بقيمته، أو يقلعه ويغرم نقصه ، لأن الوارث بنى وغرس في ملكه فليس بظالم ، فلعرقه حق سواء علم بالوصية أو لا .

( ولو بيع شقص في شركة الورثة ، و) شركة ( الموصى له ) على تقدير قبوله وكان البيع ( قبل قبوله ) الوصية ( ثم قبل فلا شفعة له ) لأنه لم يكن مالكاً للرقبة حال البيع وتختص الورثة بالشفعة لاختصاصهم بالملك ، ( ولو كان الموصى به ) نصاباً ( زكوياً وتأخر القبول مدة تجب الزكاة فيها في مثله ) بأن يكون نقداً فيحول عليه الحول، أو ماشية فتسوم الحول، أو زرعاً، أو ثمراً، فيبدو صلاحه قبل قبوله ، ( فلا زكاة فيه ) على الموصى له ، لأنه لم يكن في ملكه وقت الوجوب . وظاهر كلامهم ولا على الوارث . قال في الإنصاف وهو أولى ، لأن ملكه عليه غير تام وتردد فيه ابن رجب ، ( وأما اعتبار قيمة الموصى به ) عند تقويمه ، ( فـ ) تعتبر ( يوم الموت ) لأن حق الموصى له تعلق بالموصى به تعلقاً قطع تصرف الورثة فيه ، فيكون ضمانه عليه كالعبد الجاني ، وزيادته المتصلة تابعة له كسائر العقود والفسوخ ، ( ويأتي آخر باب الموصى به ) .



## فصل

ويجوز الرجوع في الوصية وفي بعضها ولو بالإعتاق لقول عمر رضي الله عنه : «يُغَيِّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ فِي وَصِيَّتِهِ » ولأنها عطية تنجز بالموت ، فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه ، وتفارق التدبير فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة .

( فإذا قال ) الموصى : ( قد رجعت في وصيتي، أو أبطلتها، أو غيرتها ) أو فسختها بطلت لأنه صريح في الرجوع ، ( أو قال ) الموصي ( في الموصى به هو لورثتي أو ) هو ( في مسيراتي فهو رجوع ) عن الوصية ، لأن ذلك ينافي كونه وصية ، ( وإن قال : ما أوصيت به لزيد فهو لعمرو كان لعمرو ولا شيء ) منه ( لزيد ) لرجوعه عنه وصرفه إلى عمرو وأشبه ما لو صرح بالرجوع ، ( وإذا أوصى لإنسان ) كزيد ( بمعين من ماله ) وكعبد سالم ، ( ثم أوصى به لآخر ) فهو بينهما لتعلق حق كل واحد منهما على السواء، فوجب أن يشتركا فيه كما لو قال هو بينهما ( أو وصى له ) أي لزيد ( بثلثه ) مثلاً ، ( ثم وصى لآخر بثلثه ) فهو بينهما عند الرد للتزاحم ، وإن أجيز لهما أخذ كل

الثلث لتغايرهما ، ( أو وصى له بجميع ماله ثم وصى به ) أي بجميع ماله ( لآخر فهو بينهما ) للتزاحم ، ( ومن مات منهما ) أي من الموصى لهما بشيء واحد ( قبل موت الموصي ) كان الكل للآخر ، ( أو رد بعد الموت ) أي موت الموصي ( كان الكل للآخر لأنه اشتراك تزاحم ) ، وقد زال المزاحم ، وعلم من قوله قبل موت الموصي : أنه لو مات بعده قام وارثه مقامه وتقدم ، وعلم من قوله : رد بعد الموت أن رده قبله لا أثر له وتقدم .

( وإذا أوصى بعبد لرجل ، و) أوصى ( لآخر بثلثه فهو ) أي العبد ( بينهما أرباعاً ) بقدر وصيتهما كما يأتي في عمل الوصايا ، ( وإن وصى به ) أي بالعبد ونحوه ( لاثنين فرد أحدهما وصيته ) وقبل الآخر ، ( فللآخر نصفه ) أي العبد لأنه الموصي له به ، (وإن وصى لاثنين بثلثي ماله فرد الورثة ذلك ) لمجاوزته الثلث ، ( ورد أحد الوصيين وصيته ، فللآخر الثلث كاملاً ) لأنه موصى به ولا مزاحم له فيه ، ( وإذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لرجل، وأقام آخر بينة إن أباه وصى له بالثلث فرد الوارث الوصيتين ، وكان الوارث رجلاً عدلاً ، وشهد بالوصية حلف معه الموصى له واشتركا في الثلث ) لأن المال يثبت بشاهد ويمين ، ( وإن كان ) الوارث ( المقر ليس بعدل، أو كان ) المقر ( امرأة فالثلث لمن شهدت له البينة ) لثبوت وصيته دون المقر له ، ( وإن لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث، أو ) أقر له ( بهذا العبد، وأقر الآخر به بكلام متصل فالمقر به بينهما ) لقيام المقتضى ، وإن كان منفصلاً ، فإما أن يكون في مجلسين فلا يقبل للمتأخر لتضمنه رفع ما ثبت للمتقدم بإقراره ، وإن كان في مجلس واحد فالألف بينهما قدمه في المغني .

( وإن باع الموصي ما أوصى به، أو وهبه، أو تصدق به ) فرجوع لأنه إزالة ملك وهو ينافي الوصية ، ( أو رهنه ) فرجوع لأنه يراد للبيع ، ( أو أكله، أو أطعمه، أو أتلفه، أو أوجبه في بيع، أو هبة ولم يقبل ) المبتاع، أو المتهب ( فيهما ) فرجوع، (أو عرضه) الموصي ( لبيع، أو رهن، أو وصي ببيعه، أو ) وصى بـ ( عتقه وهبته ) فرجوع لدلالته عليه ( أو أصدقه ) لامرأة نكحها لنفسه، أو غيره، (أو جعله عوضاً في خلع) أو صلح، أو جعالة أو عتق ونحوها ، ( أو ) جعله ( أجرة في إجارة ) فرجوع لما فيه من إزالة ملكه عنه ، ( أو كان ) الموصى به ( قطناً فحشى به فراشاً ، أو ) كان ( مسامير فسمر بها باباً) فرجوع ، ( أو قال : ما أو لفلان فهو حرام عليه ) فرجوع ( أو كاتب العبد ) الموصى به ( أو دبره ) فرجوع ( أو خلطه ) أي الموصى به ( بغيره على وجه لا يتميز ) كزيت بزيت أو شيرج ، ( ولو ) كان الموصى به ( صبرة فخلطها بغيرها ) على وجه لا

تتميز فرجوع، ( أو أزال اسمه، أو زال هو ) أي زال اسمه بغير فعله ، ( أو بعضه ) أي أزال اسم بعضه ، ( أو زال ) اسم بعضه ( فطحن الحنطة، أو خبز الدقيق وعجنه، أو جعل الخبز فتيتاً، أو غزل القطن والكتان، أو نسج الغزل أو عمل الثوب قميصاً وفصله ) أي الثوب ، (أو كان) الموصى به (جارية فأحبلها، أو ضرب النقرة) الموصى بها (دراهم، أو ذبح الشاة ) الموصى بها، (أو بنى، أو غرس) ما أوصى به بأن كان حجراً، أو آجراً فبناه، أو نوى ونحوه فغرسه فرجوع ، ولو غرس الأرض الموصى بها أو بناها فرجوع أيضاً في أصح الوجهين ، لأنه للدوام فيشعر بالصرف على الأول بخلاف الزراعة ، ذكره الحارثي ( أو نجر الخشبة ) الموصى بها ( باباً )، أو نحوه ( أو انهدمت الدار ) الموصى بها ، (أو) انهدم ( بعضها وزال اسمها ) فرجوع ، ( أو أعادها ) أي أعاد الموصي داراً انهدمت ، (ولو بآلتها القديمة) أو جعلها حماماً ونحوه ، ( فرجوع ) لأن ذلك دليل على اختيار الرجوع ( لا إن جحد ) الموصي ( الوصية ) فإن ذلك ليس رجوعاً لأنها عقد ، فلا تبطل بالجحود كسائر العقود ، ( أو أجر ) الموصي العين الموصى بها ( أو زوج ) الأمة الموصى بها ( أو زرع ) الأرض الموصى بها، ( أو وطيء الأمة ) الموصى بها ، (ولم تحمل ) من وطئه فليس رجوعاً ، لأنه لا يزيل الملك، ( أو خلطه ) أي خلط الموصي الموصى به ( بما يتميز منه ) كبر بباقلاء ، ( أو لبس ) الموصي الثوب الموصى به ، ( أو سكن ) الموصي المكان ( الموصى به ) فلا رجوع لأنه لا يزيل الملك، ولا الاسم، ولا يمنع التسليم ، ( أو أوصى بثلث ماله فتلف المال ) الذي كان يملكه حين الوصية بإتلافه وغيره ( أو باعه ثم ملك مالاً ) غيره ، فلا رجوع لأن الوصية بجزء مشاع من المال الذي يملكه حين الموت ، فلم يؤثر ذلك فيها ( أو انهدمت ) الدار الموصى بها ، ( ولم يزل اسمها أو غسل الثوب ) الموصى به، أو علم الرقيق الموصى به صنعة ونحو ذلك مما لا يزيل الملك ولا الاسم، ولا يمنع التسليم ، ( وإن وصى له بقفيز من صبرة ثم خلط ) الموصي (الصبرة بـ ) صبرة ( أخرى لم يكن ذلك رجوعاً ، سواء خلطها بمثلها، أو بخير منها ، أو ) بـ (دونها) مما لا تتميز منه لأن القفيز كان مشاعاً وبقي على إشاعته ، ( وإن زاد ) الموصي (في الدار عمارة لم يستحق الموصى له العمارة وتكون ) العمارة ( للوارث ) لأن الزيادة لم توجد حين العقد فلم تدخل في الوصية ( لا المتهدم ) المنفصل ( منها ) أي من الدار قبل قبول الوصية ، فإنه يكون للموصي له عند قبول الوصية ، ( لأن الأنقاض منها ) فتدخل في الوصية .

( وإن أوصى له بدار دخل فيها ) أي الدار ( ما يدخل ) فيها ( في البيع ) وتدم في بيع الأصول والثمار ، ( وإن علق الوصية على صفة بعد موته إذا كان يرتقب وقوعها

كقوله : أوصيت له بكذا إذا مر شهر بعد موتي ) صح ، ( أو ) قال : وصيت (لفلانة بكذا إذا وضعت بعد موتي صح ) التعليق لقوله عليه الصلاة والسلام : « المسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ، وثبت عن غير واحد من الصحابة تعليقها ، ولأن الوصية لا تتأثر بالفور فأولى أن لا تتأثر بالتعليق لوضوح الأمر وقلة الغرر ، فإن كانت الصفة لا يرتقب وقوعها بعد الموت ، ففي التعليق عليها نظر ، والأولى عدم جوازه لما فيه من إضرار الورثة بطول الانتظار لا إلى أمد يعلم .

( وإن وصى لزيد بمعين ) ثم قال ) الوصي : ( إن قدم عمرو فهو ) أي ما وصى به لزيد له ) أي لعمرو ، ( فقدم ) عمرو ( في حياة الموصي فهو له عاد ) عمرو ( إلى الغيبة أو لم يعد ) لوجود الشرط ، ( وإن قدم ) عمرو ( بعد موته ) أي الموصي ، (فـ) الموصى به ( لزيد ) لثبوته له بالموت والقبول لأنه لم يوجد إذ ذاك ما يمنعه ، فلم يؤثر وجود الشرط بعد ذلك ، كما لو علق إنسان عتقاً ، أو طلاقاً على شرط ، فلم يوجد إلا بعد موته .

( وإن أوصى له ) أي لعمرو مثلاً ( بثلثه وقال ) الموصى لعمرو : ( إن مت قبلي أو رددته فـ ) هو ( لزيد ومات ) عمرو ، ( فله ) أي الموصى ( أو رد ) الوصية ، ( فعلى ما شرط ) الموصي فتكون لزيد عملاً بالشرط .



## فصل

وتخرج الواجبات التي على الميت من رأس المال أوصى بها قبل موته ، ( أو لم يوص، كقضاء الدين، والحج، والزكاة ) والنذر، والكفارة ، لحديث عليّ رضي الله عنه: «أنَّ النبيَّ ﷺ قَضَى بِالدَّيْنِ قَبْلَ الوَصِيَّةِ » [1] خرجه الإمام أحمد في المسند والترمذي وابن ماجة ، وروى نحوه أبو الشيخ في كتاب الفرائض والوصايا عن عبد الله بن بدر عن أبيه مولى رسول الله ﷺ ، ولقوله ﷺ : « اقْضُوا اللهَ فَاللهُ أحَق بِالْوَفَاءِ » [2] رواه البخاري مختصراً . والحكمة في تقديم ذكر الوصية في الآية قبل الدين أنها لما أشبهت الميراث في كونها بلا عوض ، فكان في إخراجها مشقة على الوارث فقدمت حثاً على إخراجها . قال الزمخشري : ولذلك جيء بكلمة أو التي للتسوية ، أي فيستويان في الاهتمام وعدم التضييع وإن كان مقدماً عليها . وقال ابن عطية : الوصية غالباً تكون لضعاف فقوى جانبها بالتقديم في الذكر ، لئلا يطمع ويتساهل فيها بخلاف الدين ،

---

(١) سبق تخريجه في أحكام الجنائز .

(٢) سبق تخريجه في الحج .

وتقدم أن مؤنة التجهيز تقدم مطلقاً ، ( فإن وصى معها ) أي الواجبات ( بتبرع اعتبر الثلث من الباقي بعد إخراج الواجب كمن تكون تركته أربعين ، فوصى بثلث ماله وعليه دين عشرة فتخرج العشرة أو لا ، ويدفع إلى الموصى له عشرة وهي ثلث الباقي بعد الدين ) لما تقدم من تقديمه عليها ، ( وإن لم يف ماله ) أي الميت ( بالواجب الذي عليه تحاصوا ) أي وزع ما تركه على جميع الديون بالحصص ، سواء كانت دين آدمي أو لله أو مختلفة ، ( والمخرج لذلك ) أي الواجبات والتبرعات، ( وصيه ) إن كان ( ثم وارثه) إن كان أهلاً ، ( ثم الحاكم ) إن لم يكن وارثاً ، أو كان صغيراً ولا وصي له، أو أبى الوارث إخراجه ، ( وإن أخرجه ) أي الواجب ( من لا ولي له من ماله أجزأ ) كقضاء الدين عن حي بلا إذنه ، ( كما لو كان ) القضاء ( بإذن حاكم ، وإن قال ) الموصي : (أخرجوا الواجب من ثلثي ، أخرج من الثلث ، وتمم ) الواجب ( من رأس المال ) لما تقدم من وجوب إخراج الواجبات من رأس ماله ، ( فإن كان معها ) أي الواجبات (وصية تبرع ، فإن فضل منه ) أي الثلث ( شيء فـ ) هو ( لصاحب التبرع ) لأن الدين تجب البداءة به قبل الميراث والتبرع ، فإذا عينه في الثلث وجبت البداءة به . وما فضل للتبرع ، ( وإلا ) بأن لم يفضل شيء من الثلث بعد إخراج الواجب منه (بطلت الوصية بالتبرع، كما لو رجع عنها ، إلا أن تجيز الورثة ، فيعطى ما أوصى له به .



# باب الموصى له

هو الركن الثالث للوصية ( تصح الوصية ) من المسلم والكافر ( لكل من يصح تمليكه من مسلم وكافر معين ( لقوله تعالى : ﴿ إلا أنْ تَفْعَلُوا إلِيَ أوْلِيَائِكُمْ مَعْروفاً ﴾ [1] .
قال محمد ابن الحنفية : هو وصية المسلم لليهودي والنصراني ، ولأن الهبة تصح لهم فصحت لهم الوصية ، ( ولو ) كان الكافر مرتداً، أو حربياً ، ولو ) كان ( بدار حرب ) كالهبة له قال في المغني : الآية ، أي : ﴿ لا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُم فِي الدِّينِ ﴾ [2] إلى آخرها ، حجة لنا فيمن لم يقاتل ، فأما المقاتل فإنما نهى عن توليه لا عن بره ، والوصية له . وقال الحارثي : الصحيح من القول : أنه إذا لم يتصف بالقتال، أو المظاهرة صحت ، وإلا لم تصح .

( فلا تصح ) الوصية ( لـ ) كافر ( غير المعين ، كـ ) الوصية لـ ( ليهود والنصارى ونحوهم ) كالمجوس ، أو لفقراء اليهود ونحوهم ، كالوقف عليهم ، ( ولا ) تصح الوصية ( لكافر بمصحف ، ولا بعبد مسلم ، ولا بسلاح ) لأنه لا يصح تمليكه ذلك ، (ولا ) تصح الوصية لكافر ( بحد قذف ) يستوفيه للمسلم المقذوف ، لأنه لا يملك استيفاءه لنفسه ، فلغيره أولى .

( فلو كان العبد ) الموصى به لكافر ( كافراً ، ثم أسلم ) العبد ( قبل موت الموصي ، أو بعده ) أي بعد موت الموصي ( قبل القبول ، بطلت ) الوصية ، لأنه يمنع منه تعاطي ملكه ، ( وتصح ) الوصية ( للمكاتب ) لأنه يصح تمليكه ، ( ولو ) كان الموصى (مكاتبه ) أي مكاتب الموصى ( بجزء شائع ) كثلث ماله وربعه ، ( أو ) بشيء ( معين ) كعبد وثوب ، لأنه معه كأجنبي في المعاملة ، ولهذا جاز دفع زكاته إليه .

( فإن قال ) لورثته : ( ضعوا عنه بعض كتابته ، أو ) قال : ضعوا عنه ( بعض ما عليه وضعوا ما شاءوا ) لأن اللفظ مطلق ، ( فإن قال : ضعوا عنه نجماً فلهم أن يضعوا عنه أي نجم شاءوا ) سواء ( اتفقت النجوم، أو اختلفت ) لصدق اللفظ بذلك . ( وإن قال) الموصى : ( ضعوا عنه ما شاء فالكل ) يوضع عنه ( إذا شاء ) ذلك لدخول الشرط على مطلق ، ولو قال : ضعوا ما شاء من مال الكتابة لم يوضع الكل ، لأن « من » للتبعيض ، قاله القاضي والموفق . ونظر فيه الحارثي بأنه لا يمتنع أن تكون لبيان الجنس،

---

(١) سورة الأحزاب ، الآية : ٦ . (٢) سورة الممتحنة ، الآية : ٨ .

فيوضع الكل ، ( وإن قال : ضعوا عنه ) أي المكاتب ( أي نجم شاء رجع ) -بالبناء للمفعول- ( إلى مشيئته ) عملاً بقول الموصى ، ( وإن قال : ضعوا عنه ) أي عن المكاتب ( أكبر نجومه وضعوا أكثرها مالاً ) لأنه أكبرها قدراً ، ( وإن قال ) : ضعوا عنه ( أكثرها بالمثلثة ، وضعوا عنه أكثر من نصفها ، فإن كانت النجوم خمسة وضعوا ) منها ( ثلاثة. وإن كانت نجومه ستة وضعوا ) منها ( أربعة ) لأن أكثر الشيء يزيد على نصفه، ( ولو أوصى له بأوسط نجومه ، وكانت النجوم شفعاً متساوية القدر تعلق الوضع بالشفع المتوسط ، كالأربعة ) النجوم ( المتوسط منها : الثاني والثالث ، والستة المتوسط منها : الثالث والرابع ) لأنه الأوسط ، ( وإن كانت ) النجوم ( وتراً متساوية القدر والأجل ، كـ ) ما لو كانت النجوم ( خمسة تعين ) النجم ( الثالث ، أو سبعة ، فـ ) النجم (الرابع) لأنه أوسطها ، ( وإن كانت ) النجوم ( مختلفة المقدار ، فبعضها مائة ، وبعضها مائتين ، وبعضها ثلاثمائة ، فأوسطها المائتان ، فيتعين ) وضعه ، وإن تعدد ، ( وإن كانت متساوية القدر ، مختلفة الأجل ، مثل أن يكون ) نجمان ( اثنان إلى شهر ، و) نجم ( واحد إلى شهرين ، و ) نجم ( واحد إلى ثلاثة أشهر ، تعينت الوصية في الذي إلى شهرين ) لأنه الأوسط .

( وإن اتفقت هذه المعاني ) أي معاني الأوسط ( في واحد ) بأن اتفق أنه أوسط في العدد ، والقدر ، والأجل ( تعين ) وضعه بلا إشكال ، ( وإن كان لها أوسط في القدر، وأوسط في الأجل ، وأوسط في العدد ، يخالف بعضها بعضاً ، رجع إلى قول الورثة ) فيتعين ما يضعونه عنه لصدق الكلام بكل منها .

وإن اختلف المكاتب والورثة في مراد الموصي ، فالقول قولهم ( مع أيمانهم لا يعلمون ما أراد الموصى منها ) لأن الأصل عدم علمهم به . ولو قال : ضعوا ما يخف أو ما يكثر أو ما يثقل ، اعتبر تقدير الورثة ، لأن القليل كثير بالنسبة إلى ما دونه والكثير قليل بالنسبة إلى ما فوقه ، فهو كالإقرار بمال عظيم، أو جليل، أو قليل يعتبر له تفسير المقر .. قال الحارثي : وفيه نظر ، فإن المقر أعلم بمراده ، فتفسيره معتبر، وتقدير الوارث يتعلق بمراد غيره ، وهو لا يعلم مراده بدون إعلامه ، وإعلامه غير معلوم ، وقد يجاب عنه بأنه لما كان اللفظ محتملاً وتعذر العلم بالمراد منه ، رجع إلى تقدير الورثة بأقل ما يحتمله ، لأنه المتعين ، وما زاد مشكوك فيه . وإن قال : ضعوا عنه أكثر ما عليه ، ومثل نصفه بذلك ثلاثة أرباع أو أدنى زيادة ، وإن قال : ضعوا ما عليه ومثله ، فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها ، فتصح في الكتابة ، وتبطل في الزيادة لعدم محلها .

( وتصح الوصية لمدبره ) لصيرورته حراً عند لزومها ، فيقبل التمليك ( لكن لو ضاق

الثلث عن المدبر وعن وصيته بديء ) -بالبناء للمفعول- ( بـ ) المدبر ( نفسه ، فيقدم عتقه على وصيته ) لأنه أهم ، وبطل ما عجز عنه الثلث .

( وتصح ) الوصية ( لأم ولده ) لوجود الحرية عند الموت فتقبل التمليك ( كوصيته أن ثلث قريته وقف عليها ما دامت على ولدها ) أي ما دامت حاضنة لولدها منه ، نقله المروذي ، ( فإن ) وصى لها بشيء ، و( شرط عدم تزويجها، فلم تتزوج ، وأخذت الوصية ، ثم تزوجت ، ردت ما أخذت من الوصية ) لبطلان الوصية بفوات شرطها ، وفرق بينه وبين العتق بتعذر رفعه ، ( ولو دفع لزوجته مالاً على أن لا تتزوج بعد موته، فتزوجت ، ردت المال إلى ورثته ، نصاً ) نقله أبو الحارث ، لفوات الشرط ، ( وإن أعطته مالاً على أن لا يتزوج عليها ، رده إذا تزوج ) نقله أبو الحارث ، ( وإذا وصى بعتق أمته ، على أن لا تتزوج ، فمات ) الموصى ، ( فقالت ) الأمة : ( لا أتزوج ، عتقت ) لوجود الشرط ، ( فإن تزوجت ) بعد ذلك ( لم يبطل عتقها ) لأن العتق لا يمكن رفعه بعد وقوعه ، وبحث فيه الحارثي بأنا لا نسلم الوقوع ، فإن الحكم بوقوعه لا يستلزم الوقوع في نفس الأمر ، ألا ترى أنه لو حكم بعتق عبد في وصية ، ثم ظهر دين يستغرق لرد إلى الرق . وقال عن الرد إلى الرق : هو الأظهر ، لأن شرط ألا تتزوج ، نفي يعم الزمان كله ، فإذا تزوجت تبين انتفاء الشرط فيتبين انتفاء الوصية .

( وتصح الوصية لعبد غيره ولو قلنا : لا يملك ) صرح به ابن الزغواني في الواضح ، وهو ظاهر في كلام كثير من الأصحاب ، قاله في الإنصاف وهو مقتضى ما نقله الحارثي عن الأصحاب من أن الوصية للسيد لأنها من إكساب العبد، وإكسابه لسيده ؛ وسواء استمر في رق الموجود حين الوصية، أو انتقل إلى آخر. وقدم في الفروع أنها لا تصح إلا إذا قلنا يملك وتبعه في التنقيح والمنتهى ، وما قاله المصنف ظاهر كالهبة، ولم يحك الحارثي فيه خلافاً مع سعة اطلاعه ، وكذا الشارح لم يحك فيه خلافاً ، وأي فرق بين الوصية والهبة ، ( ويعتبر قبوله ) أي قبول العبد للوصية لما تقدم ، ( فإذا قبل ولو بغير إذن سيده ) لأنه نوع كسب فلا يفتقر إلى إذن ككسب المباح ، ( فهي ) أي الوصية (لسيده) وقت القبول ( ككسبه ) المباح ، ( وإن قبل سيده ) الوصية ( دونه لم يصح ) قبوله ، لأن الخطاب لم يجر مع السيد فلا جواب له ، ( وإن كان ) العبد الموصى له (حراً وقت موت الموصى، أو بعده قبل القبول، ثم قبل فهي له) أي العتيق ( دون سيده) لأن العتيق هو المقصود بالوصية ، ( ووصيته لعبد وارثه كوصيته لوارثه ) فتقف على إجازة باقي الورثة ، ( و ) وصيته ( لعبد قاتله كـ ) وصيته ( لقاتله ) لما تقدم من أن

الوصية إذا قبلها لسيده ، ( وتصح ) الوصية ( لعبده ) أو أمته ( بمشاع يتناوله ) أي العبد، ( فلو وصى له بربع ماله ) صح لأنه ربع المال ، أو بعضه ، فالوصية تنحصر فيه اعتباراً للعتق فإنه يعتق بملكه نفسه ، وإذا أوصى له بالربع ، ( وقيمته مائة وله ) أي الموصى ( سواه ) أي العبد ( ثمانمائة عتق وأخذ مائة وخمسة وعشرين ) لأن مجموع المال تسعمائة وربعها مائتان وخمسة وعشرون عتق منها العبد بمائة ويبقى له ما ذكر ، فيأخذه وإن كانت الوصية بالربع ، وله سواه ثلاثمائة عتق فقط ، وإن كان له سواه مائتان عتق منه ثلاثة أرباعه وهكذا .

والحاصل أنه إن كانت الوصية وفق قيمته عتق أو أزيد فالزيادة له ، أو أنقص فيعتق بقدره منه ، ( وإن وصى له ) أي لقنه ( بنفسه أو برقبته عتق بقبوله إن خرج من ثلثه) كما لو وصى له بعتقه وعلم منه أنه لم يقبل لم يعتق لاقتضاء الصيغة القبول كما لو قال: وهبت منك نفسك، أو ملكتك نفسك ، فإنه يحتاج إلى القبول في المجلس ، (وإلا) بأن لم يخرج من ثلثه عتق منه ( بقدره ) أي الثلث إن لم تجز الوراثة ، ( وإن وصى له بمعين لا يتناول شيئاً منه كثوب ، ومائة ) دينار ، أو درهم ( لم يصح ) لأنه يصير للورثة ، فكأنه وصى لهم بما يرثونه ، ( ولو وصى بعتق نسمة بألف فأعتقوا ) أي الورثة ( نسمة بخمسمائة لزمهم عتق ) نسمة ( أخرى بخمسمائة ) حيث احتمل الثلث الألف استدراكاً لباقي الواجب .

( وإن قال ) الموصى : اعتقوا ( أربعة ) أعبد ( بكذا ) كخمسمائة ( جاز الفضل بينهم) بأن يشتري واحد بمائة، وآخر بمائتين، وآخر بمائة وعشرين، وآخر بثمانين لأن لفظه يحتمل ذلك ( ما لم يسم ) الموصى ( ثمناً معلوماً ) لكل واحدة منهم فيتعين على ما قاله، (وتصح ) الوصية ( للحمل ) لأنه يرث وهي في معنى الإرث من جهة الانتقال عن الميت مجاناً ( إن كان موجوداً حال الوصية ) لأنها تمليك ، فلا تصح لمعدوم ( بأن تضعه حياً لأقل من ستة أشهر من حين الوصية فراشاً كانت لزوج، أو سيد، أو بائناً ) لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر كما يأتي ، فإذا وضعته لأقل منها وعاش لزم أن يكون موجوداً حينها ، ( أو ) تضعه ( لأقل من أربع سنين إن لم تكن فراشاً، أو كانت فراشاً لزوج، أو سيد إلا أنه لا يطؤها لكونه غائباً في بلد بعيد، أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء أو كان أسيراً أو محبوساً، أو علم الورثة أنه لم يطأها، أو أقروا إقراراً بذلك) للحاقه بأبيه والوجود لازم له، فوجب ترتب الاستحقاق ووطء الشبهة نادر، وتقدير الزنا إساءة ظن بمسلم، والأصل عدمها ، فإن وضعته لأكثر من أربع سنين لم يستحق لاستحالة الوجود حين الوصية .

« تنبيه » : قوله : أو أقروا صوابه : وأقروا لأن علمهم مع عدم إقرارهم به لا وصول إلى الاطلاع عليه ، ( ويثبت الملك له ) أي الحمل ( من حين قبول الولي ) الوصية ( له) أي للحمل ( بعد موت الموصى ) هذا أحد قولي ابن عقيل ، وقال تارة أخرى تبعاً لشيخه القاضي : إن الوصية له تعليق على خروجه حياً ، والوصية قابلة للتعلق بخلاف الهبة . انتهى .

ومقتضاه : أن الملك إنما يثبت بعد الولادة ، قال الحارثي : وقبول الولي يعتبر بعد الولادة لا قبل ، لأن أهلية الملك إنما تثبت حينئذ ، ( وإن انفصل ) الحمل الموصى له (ميتاً بطلت الوصية ) لانتفاء أهلية الملك ولا فرق بين موته بجناية جان وغيرها لانتفاء إرثه ، ( ولو وصى لحمل امرأة من زوجها، أو سيدها صحت الوصية له إن لحق له به ) أي بالزوج، أو السيد ، ( وإن كان ) الحمل ( منفياً بلعان، أو دعوى الاستبراء ، فلا ) تصح الوصية لعدم شرطه المشروط في الوصية ، ( ولو وصى لحمل امرأة ) بوصية ، (فولدت ذكراً، أو أنثى تساويا فيها ) أي الوصية ، لأن ذلك عطية وهبة ، أشبه ما لو وهبها شيئاً بعد الولادة ، ( وإن فاضل بينهما بأن جعل لأحدهما أكثر ) من الآخر ، (فعلى ما قال ) كالوقف ( وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ) لتحقق المقتضى ، (ولو قال ) الموصى ( إن كان في بطنك ذكر فله كذا، وإن كان فيه أنثى فـ ) لها ( كذا فكانا فيه) بأن ولدت ذكراً، وأنثى ( فلهما ما شرط ) لأن الشرط وجد فيهما ، ( وإن كان ) حملها ( خنثى ففي الكافي له ما للأنثى ) أي إن كان أقل مما جعل للذكر لأنه المتيقن ، ( حتى يتبين أمره ) وتتبين ذكوريته فيأخذ الزائد ، ( وإن ولدت ذكرين ، أو ) ولدت (أنثيين ، فللذكرين ما للذكر، وللأنثيين ما للأنثى ) إذ لا مزية لأحدهما على الآخر، (وإن قال الموصى ( إن كان حملك أو ما في بطنك ذكراً ، فله كذا ، وإن كان ) حملك أو ما في بطنك ( أنثى ، فله كذا فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ) لوجود شرطه ، (وإن ولدت ذكراً وأنثى فلا شيء لهما لأن أحدهما ليس هو كل الحمل ولا كل ما في البطن ) بل بعضه فلم يوجد الشرط ، ( وإن وصى لمن تحمل هذه المرأة لم تصح ) الوصية ( لأنه وصية لمعدوم ، وكذا المجهول ) لا تصح الوصية له ( كأن يوصى بثلثه لأحد هذين ) الرجلين أو المسجدين ونحوهما ، ( أو قال ) : أوصيت بكذا ( لجاري ) فلان ، ( أو ) لـ ( قريبي فلان باسم مشترك ) لأن تعيين الموصى له شرط ، فإذا قال لأحد هذين : فقد أبهم الموصى له ، وكذا الجار والقريب لوقوعه على كل من المسميين (ما لم تكن قرينة تدل على أنه أراد معيناً من الجار والقريب ) فيعطى من دلت القرينة على إرادته ، ( فإن قال : اعطوا ثلثي أحدهما ، صح ) كما لو قال : اعتقوا أحد عبدي،

( وللورثة الخيرة ) فيمن يعطوه الثلث من الاثنين، والفرق بين هذه والتي قبلها أن قولها: اعطوا ثلثي أحدهما مر بالتمليك ، فصح جعله إلى اختيار الورثة كما لو قال لوكيله : بع سلعتي من أحد هذين بخلاف قوله : وصيت ونحوه ، فإنه تمليك معلق بالموت ، فلم يصح لمبهم .

( وإن قال : عبدي غانم حر ، وله مائة ، وله ) أي الموصي ( عبدان بهذا الاسم عتق أحدهما بقرعة ) لأنه عتق استحقه واحد منهما فأخرج بالقرعة كما لو أعتقهما ، فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما ولم تجز الورثة عتقهما ، ( ولا شيء له ) أي لمن خرجت له القرعة من الدراهم ، ولو خرجت الثلث ، لأن الوصية بها وقعت لغير معين ، فلم تصح . قال في الاختيارات : وإن وصف الموصى له أو الموقوف عليه بخلاف صفته مثل أن يقول : على أولادي السود وهم بيض ، أو العشرة وهم اثنا عشر فههنا الأوجه إذا علم ذلك أنه يعتبر الموصوف دون الصفة .

★ ★ ★



وإن قتل الوصى أى الموصى له ( الموصى ) قتلاً مضموناً بقصاص، أو دية، أو كفارة كما قال ابن نصر الله : ( ولو ) كان القتل ( خطأ ، أو قتل مدبر سيده بطلت الوصية ) والتدبير لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد منها . فالوصية أولى ومعاملة له بنقيض قصده ، ( وإن أوصى لقاتله لم تصح ) الوصية لما تقدم ، ( وإن جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل ) وصيته لأنها صدرت من أهلها في محلها لم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت ، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها ، ( وكذا فعل مدبر بسيده ) فإن جنى على سيده ، ثم دبره، ومات السيد لم يبطل تدبيره لما تقدم بخلاف ما لو دبره ثم جنى عليه ، فإنه يبطل تدبيره وتقدم . قال الحارثي : وكذلك العطية المنجزة في المرض إذا وجد القتل من المعطى ، ( وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة، أو لجميع الأصناف ) الثمانية ( صح ) الإيصاء لأنهم من أبواب البر ، ولأنهم يملكون بدليل الزكاة والوقف ، ( ويعطون بأجمعهم ) بخلاف الزكاة والفرق بينهما ، حيث يجوز الاقتصار في الزكاة على صنف واحد أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع إليه، والوصية أريد بها من يجب الدفع إليه . قال في المغني : ( وينبغي أن يعطى كل صنف ) حيث أوصى لجميعهم ( ثمن الوصية كما لو وصى لثمان قبائل ، ويكفي من كل صنف ) شخص (واحد) لتعذر الاستيعاب بخلاف الوصية لثلاثة عينوا ، حيث تجب التسوية لإضافة الاستحقاق إلى أعيانهم ، ( ويستحب إعطاء من أمكن منهم ) والدفع على قدر الحاجة ،

( وتقديم أقارب الموصى ) لما فيه من الصلة . ( ولا يعطى إلا المستحق من أهل بلده ) أي الموصى . كالزكاة ، فإن لم يكن بالبلد فقير تقيد بالأقرب إليه ، ( ولا تجب التسوية) بينهم . فيجوز التفضيل كما لا يجب التعميم ، ( ويعطى كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة ) على قدر الحاجة .

( وإن وصى للفقراء دخل فيه المساكين وكذا العكس ) فإذا أوصى للمساكين دخل فيه الفقراء لأنهم كنوع واحد فيما عدا الزكاة لوقوع كل من الاسمين على الآخر ( إلا أن يذكر الصنفين جميعاً ) فعلى ما تقدم في الزكاة ، ( ويستحب تعميم من أمكن منهم ، و) يستحب ( الدفع إليهم على قدر الحاجة والبداءة بأقارب الموصى كما تقدم ) والوصية في سبيل الله المشهور عنه اختصاصها بالغزو ، وعنه دخول الحج في ذلك . قال الحارثي: وهو الصحيح .

( وإن وصى لكتب القرآن، أو ) كتب ( العلم ) النافع ( صح ) لأنه جهة قربة ، (وتصح ) الوصية (لمسجد وتصرف في مصالحه) وكذلك الوصية لقنطرة، وسقاية ونحوها لأنها قرب . ( وإن وصى بشراء عين ) كعبد وثوب ، ( وأطلق ، أو ) وصى بـ ( بيع عبده وأطلق ) فلم يقل لزيد ونحوه ولا بشرط عتق ، ( فالوصية باطلة ) لخلوها عن قربة ( فإن وصى ببيعه بشرط العتق صحت الوصية ) لأن عتقه قربة ( وبيع كذلك ) أي بشرط العتق . ( فإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت ) الوصية لتعذر الوفاء بها ، (وإن وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم بيع به ) أي بالثمن الذي عينه لذلك الرجل لأنه يقصد الرفق إما بالعبد لحسن معاشرة الرجل ، أو بالرجل لنفع العبد له ، ( وإن وصى ) ببيعه لرجل معين ، و( لم يسم ثمناً بيع ) له ( بقيمته ) لأنه العدل ، ( فإن تعذر بيعه للرجل ) لمانع ما ، ( أو أبى ) الرجل ( أن يشتريه بالثمن ) المعين ( أو بقيمته إن لم يعين ) الموصى ( الثمن بطلت الوصية ) لتعذر الوفاء .

( وإن وصى في أبواب البر صرف في القرب كلها ، ويبدأ بالغزو ) لأنه أفضلها ، (وإن قال : ضع ثلثي حيث أراك الله فله صرفه في أي جهة من جهات القرب، والأفضل ( صرفه إلى فقراء أقاربه ) لأنها صدقة وصلة ، ( فإن لم يجد ) الوصي أقارب فقراء غير وارثين للموصى له، ( فإلى محارمه من الرضاع ) كأبيه وأخيه وعمه ونحوهم من رضاع. ( فإن لم يجد ) له محارم من رضاع ، ( فإلى جيرانه ) الأقرب فالأقرب ، ولا يجب ذلك ، لأنه جعل ذلك إلى ما يراه ، فلا يجوز تقييده بالتحكيم ، ولو وصى بفكاك الأسرى. أو وقف مالاً على فكاكهم صرف من يد الوصي أو وكيله، وله أن يقترض عليه ويوفيه منه . وكذلك في سائر الجهات ، ومن افتك أسيراً غير متبرع جاز صرف المال

إليه ، وكذلك لو اقترض غير الوصي مالاً فك به أسيراً جاز توفيته منه ، وما احتاج إليه الوصي في افتكاكهم من أجرة صرف من المال ، ولو تبرع بعض أهل الثغر بفدائه ، واحتاج الأسير إلى نفقة الإياب صرف من مال الأسرى ، وكذا لو اشترى من المال الموقوف على افتكاكهم أنفق عليه منه إلى بلوغ محله ، قاله في الاختيارت .

( ويأتي في باب الموصي إليه إذا قال : ضع ثلثي حيث شئت ، وإذا قال : يخدم عبدي فلاناً سنة ، ثم هو حر صحت الوصية ) على ما قال الموصي ، ( فإن لم يقبل الموصي له بالخدمة ) الوصية ( أو وهب له ) أي العبد ( الخدمة لم يعتق إلا بعد السنة ) قاله في المغني ، والشرح ، وفي المنتهى ، وغيره يعتق في الحال .

« فرع » : قال أبو بكر : لو قال الموصي : أعتق عبداً نصرانياً ، فأعتق مسلماً ، أو أدفع ثلثي إلى نصراني ، فدفعه إلى مسلم ضمن ، قال أبو العباس : وفيه نظر .

(وإذا أوصى أن يتشري عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده، أو امتنع) سيده (من بيعه بالخمسمائة، أو تعذر شراؤه بموته ) أي العبد ( أو لعجز الثلث عن ثمنه فالخمسمائة للورثة ) وبطلت الوصية لتعذر الإيفاء بها ، ( ولا يلزمهم شراء عبد آخر ) لأن الوصية تعلقت بعين الموصي به ، ( وإن اشتروه ) أي العبد ( بأقل ) مما قال الموصي كما لو اشتروه بأربعمائة ، ( فالباقي ) من الثمن ( للورثة ) لأنه لا مصرف له ، ( وإذا أوصى أن يشتري عبد بألف فيعتق فلم يخرج من ثلثه اشترى عبد بالثلث ) إن لم يجز الورثة.

( ولا يشترط في صحة الوصية القربة ) كالهبة بخلاف الوقف لأنه للدوام بخلافهما . ( قال الشيخ : لو جعل الكفر، أو الجهل شرطاً في الاستحقاق لم تصح ) الوصية ( فلو وصى لأجهل الناس لم يصح ) انتهى ، ( وإن وصي من لا حج عليه أن يحج عنه بألف صرف ) الوصي ( من ثلثه مؤنة حجة بعد أخرى ) لمن يحج ( راكباً، أو راجلاً يدفع) الوصي ( لكل واحد قدر ما يحج به ) من النفقة ( حتى ينفذ ) أي يفرغ الألف لأنه وصى بجميعه في جهة قربة فوجب صرفه فيها ، كما لو وصى به في سبيل الله ، ولا تجوز أن يدفع إلى واحد أكثر من نفقة المثل ، لأنه أطلق التصرف في المعاوضة ، فاقتضى ذلك عوض المثل كالتعويض في البيع والشراء ، ( فلو لم يكف الألف ) للحج ، حج به من حيث يبلغ ، ( أو ) صرف منه في حجة بعد أخرى وبقي بقية ولم تكف ( البقية ) للحج ( حج به ) أي الباقي ( من حيث يبلغ ) لأن الموصي قد عين صرف ذلك في الحج، فصرف فيه بقدر الإمكان ، ( ولا يصح حج وصي بإخراجها ) أي الألف في الحج ( لأنه منفذ فهو كقوله ) لإنسان : (تصدق عني) بكذا (لم) يجز للمأمور (أن يأخذ

منه ) شيئاً لما تقدم في الوكالة ، ( ولا ) يصح أيضاً حج ( وارث ) لأن ظاهر كلام الموصي جعله لغيره ، فإن عين الموصي أن يحج عنه الوارث بالنفقة جاز ، ( ويجزى أن يحج عنه ) أي عمن أوصى بالحج ولا حج عليه ( من الميقات ) حملاً على أدنى الحالات، والأصل عدم وجوب الزائد ، ولأن اللفظ إنما تناول الحج ، وفعله إنما هو من الميقات ، وقطع ما قبله من المسافة ليس منه . ( وإن قال : حجوا عني بألف ولم يقل واحدة، لم يحج عنه إلا حجة واحدة وما فضل للورثة ) هكذا في الإنصاف وهو مشكل على ما تقدم . ولو أسقط بألف لكان موافقاً لنصوص الإمام . قال في رواية عبد الله وحرب : إن قال : حجوا عني ولم يسم دراهم فما فضل رده إليهم . قال الحارثي : أما إيجاب المثل فلأن الإطلاق يقتضيه كما في نظائره . وأما أن الفضل للوارث فلحصول الموصي به وهو الحج والإنفاق فيه ، فوجب كونه للوارث ، وأما وجوب حجة واحدة عند الإطلاق ، فلأن اللفظ إنما اقتضى وجود الماهية وهو حاصل بالمرة والأصل عدم إرادة الموصي الزيادة . انتهى .

ويمكن تخريج كلام المصنف على اختيار أبي محمد الجوزي أنه إن أوصى بألف يحج بها يصرف في كل حجة قدر نفقة حتى ينفذ ، ولو قال : حجوا عني بألف فما فضل للورثة ، لكن صاحب الإنصاف حكاه مقابلاً لما قدم أنه الصحيح ، ( وإن قال ) : حجوا عني ( حجة بألف دفع الألف إلى من يحج عنه ) حجة واحدة بمقتضى وصيته وتنفيذاً لها ( فإن عينه ) الموصي ( أو لا في الوصية ، فقال : يحج عني فلان ) حجة ( بألف ، فهو وصية له إن حج ) وله أخذه قبل التوجه لأنه مأذون في التجهز به ومن ضرورته الأخذ قبله ، لكن لا يملكه بالأخذ ، لأن المال جعل له على صفة فلا يملك بدون تلك الصفة . فلا يضمنه أن تلف، أو ضاع بلا تفريط ، ( ولا يعطى ) المال ( إلا أيام الحج ) احتياطاً للمال، ولأنه معونة في الحج ، فليس مأذوناً فيه قبل وقته ، ( فإن أبي ) المعين ( الحج ، وقال : اصرفوا الفضل لم يعطه، وبطلت الوصية في حقه ) لأن الوصية به إنما هي بصفة الحج فلا يستحق بدونها ، وسواء فيه حج الفرض ونفله ، ( ويحج عنه بأقل ما يمكن من النفقة ) لمثله ( والبقية للورثة ) لأنه لا مصرف لها ، ( وله تأخيره ) أي للنائب تأخير الحج ( لعذر ) كمرض ونحوه ، ( ولو قال : من عليه حج ) أي قال : حجوا عني بألف أو حجة بألف ( صرف الألف كما سبق ) إن لم يقل حجة صرف في حجة بعد أخرى حتى ينفذ ، وإن قال : حجة ، وكان أوصى لمعين دفع إليه إن قبل ، ( وحسب من الثلث الفاضل عن نفقة المثل ) لحجة الفرض لأنه تبرع ، ( وإن قال : حجوا عني حجاً ولم يذكر قدراً من المال دفع إلى من يحج قدر نفقة المثل فقط ) لأن الإطلاق لا يقتضي

الزيادة عليها ، ( فإن تلف المال في الطريق ) بيد النائب ، ( فهو من مال الموصي ) غير مضمون على النائب ، لأنه مؤتمن بالإذن في إثبات يده ، أشبه المودع ، والتصرف بالإنفاق لا يوجد ضماناً ولا يزيل ائتماناً لأنه مأذون فيه ، كما في إنفاق المضارب بالإذن، ( وليس على النائب إتمام الحج ) ولا يضمن ما كان أنفق لوجود الإذن ، وكذا لو مات ، أو أحصر ، أو مرض ، أو ضل الطريق للإذن فيه ، وإن رجع خشية أن يمرض وجب الضمان لأنه صحيح والعذر موهوم وللمعذور ممن ذكر نفقة الرجوع ، وإن مضى من ضاعت منه النفقة فما أنفق من ماله ، أو مال استدانه رجع به على التركة إذا عاد إن كان واجباً ، وإن مضى هذا الضائع منه النفقة للحج عن آخر بنفقة يأخذها جاز لانقطاع علقه عن الأول بنفاذ نفقته ولانتفاء اللزوم على الوصي استنابة ثقة ، لأن في الحج أمانة فإن مما تتوقف الصحة عليه النية ولا تعلم إلا من جهته ، فما لم يكن ثقة لا يبرأ به عن العهدة .

( ولو وصي بثلاث حجيج إلى ثلاثة صح صرفها ) إلى ثلاثة ( في عام واحد ) لإطلاق الوصية وإمكان الفعل . قال القاضي وابن عقيل : وكان أولى من التأخير ، (وأحرم النائب بالفروض أولاً إن كان عليه ) أي الموصي ( فرض ) لتقدمه ، فإن أحرم بغيره قبله وقع عن الفرض وتقدم في الحج ، ( وكذا إن وصي ) بثلاث حجج ، و( لم يقل إلى ثلاثة ) وكذا لو قال : حجوا عني بألف وأمكن أن يستناب بها جماعة في عام ويكون معنى قولهم صرف في حجة بعد أخرى أي بعد الصرف في حجة أخرى كما يميل إليه كلام الحارثي ، وإنما لم يحصل بالمباشرة إلا حجة واحدة لأنه لا يتسع لأكثر ولا يستلزم ذلك أن لا يحصل بالنائب أكثر ، لأن النائب إذا تعدد أمكن الاتساع ، فأمكن تعدد الوقوع ، ( والوصية بالصدقة ) بمال ( أفضل من الوصية بحج التطوع ) لما تقدم في صلاة التطوع أن صدقة التطوع أفضل من حجه ، ( وإن وصي لأهل سكته ) -بكسر السين- ( أو ) وصي ( لقرابته ، أو ) وصي ( لأهل بيته، أو لجيرانه ونحوه لم يدخل من وجد بين الوصية والموت لمن وجد بعد الموت ، وكما لو أوصى بمال في كيس معين لم يتناول المتجدد فيه ) بعد الوصية ، ( وأهل سكته هم أهل دربه أي زقاقه ) -بضم الزاي- والجمع أزقة . قال الأخفش : والفراء أهل الحجاز يؤنثون الزقاق ، والطريق ، والسبيل ، والصراط ، والسوق وتميم تذكر . قال الحارثي : والوصية لأهل خطه - بكسر الخاء - وكثير من العرف يقوله بالضم يستحقها أهل دربه وما قاربه من الشارع الذي يكون به ، لأن العرف والوصية لأهل محلته كالوصية لأهل حارثه .

« تتمة » : أهل العلم من اتصف به ، وأهل القرآن حفظته ذكره في حاشيته ، ( و ) لو وصي ( لجيرانه يتناول أربعين داراً من كل جانب ) لقوله ﷺ : « الْجَار أَرْبَعُونَ دَاراً هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا » رواه أحمد . ( ويقسم المال ) الموصي به ( على عدد الدور وكل حصة دار تقسم على سكانها ) لأن مطلق الإضافة يقتضي التسوية ( وجيران المسجد من يسمع النداء ) لحديث : « لا صَلاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إلا فِي الْمَسْجِدِ » [1] رواه الدارقطني عن جابر وأبي هريرة مع قوله ﷺ للأعمى لما سأله أن يرخص له في الصلاة في بيته : «هَلْ تَسْمَعُ النِّداءَ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قَالَ : فَأَجِبْ » [2] رواه مسلم .

( و ) إن وصي ( لأقرب قرابته أو ) وصي بشيء لـ ( أقرب الناس إليه ، أو ) وصي بشيء لـ ( أقربهم به، ومما لا يدفع إلى الأبعد مع وجود الأقرب فأب وابن سواء ) لأن كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة ( وأخ من أبوين أولى من أخ لأب ) لأن من له قرابتان أقرب ممن له قرابة واحدة ، ( وكل من قدم ) على غيره ( قدم ولده ) فيقدم ابن أخ لأبوين على ابن أخ لأب ، ( إلا الجد فإنه يقدم على بني إخوته ) أي الموصي مع أنه يستوي مع آبائهم ، ( و ) إلا ( أخاه لأبيه ) فإنه ( يقدم على ابن أخيه لأبويه ) كما في الإرث مع أن الأخ لأبوين مقدم على الأخ لأب كما تقدم ، ( والذكور والإناث فيها ) أي القرابة ( سواء ) فابن وبنت سواء ، وأخ وأخت سواء ، وعم وعمة سواء ، وعلم مما تقدم أن الأب أولى من ابن الابن، ومن الجد، ومن الأخوة على الصحيح ، قاله في شرح المنتهى ، ( وأخ ) لأبوين، أو لأب ( وجد ) لأب ( سواء ) لأن كلا منهما يدلي بالأب بلا واسطة ، ( ولا يدخل في القرابة من كان من جهة الأم ) كالأخوة لأم والجد والخال والخالة ، ( وتقدم ) ذلك ( في الوقف ) بأوضح من هذا ، ( ويقدم الابن على الجد والأب على ابن الابن ) لأن من يدلي بلا واسطة أقرب ممن يدلي بواسطة ، (والطفل من لم يميز ) قال في البدر المنير : الطفل الولد الصغير من الإنسان والدواب ، قال بعضهم: ويبقى هذا الاسم للولد حيث يميز ، ثم لا يقال له بعد ذلك طفل بل صبي، وحزور، ومراهق، وبالغ ، ( وصبي، وغلام، ويافع، ويتيم من لم يبلغ ) قال في شرح المنتهى : يعني أن هذه الألفاظ تطلق على الولد من حين ولادته إلى حين بلوغه بخلاف الطفل ، فإنه يطلق إلى حين تمييزه فقط ، فهذه الأسماء أعم من لفظ الطفل . قال في فتح الباري في حديث : « عَلِّمُوا الصَّبِيَّ الصَّلاةَ ابْنَ سَبْعٍ » يؤخذ من إطلاق الصبي على ابن سبع الرد على من زعم أنه لا يسم صبياً إلا إذا كان رضيعاً ، ثم يقال له : غلام إلى أن يصير ابن تسع سنين ثم يصير يافعاً إلى عشر ويوافق الحديث قول الجوهري الصبي الغلام . انتهى وقوله : ويتيم من لم يبلغ ، يعني ولا أب له ، وفي غير الناس

---

(١) ، (٢) سبق تخريجهما في كتاب الصلاة .

من لا أم له ، فإن مات الأبوان فالصغير لطيم ، فإن ماتت أمه ، فالصغير عجيم ، قاله في الحاشية . ( ولا يشمل اليتيم ولد الزنا ) ولا منفياً بلعان ، لأن اليتيم من فقد أباه بعد أن كان وهذا لم يكن له أب ، ( ومراهق من قارب البلوغ ) قال في القاموس : راهق الغلام قارب الحلم ، ( وشاب وفتى منه ) أي البلوغ ( إلى الثلاثين ) سنة ( وكهل منها ) أي الثلاثين ( إلى خمسين ) سنة ( وشيخ منها ) أي الخمسين ( إلى سبعين ) سنة ( ثم هرم ) إلى آخر عمره . قال في القاموس : الكهل من وخطّه الشيب ورؤيت له بجالة ، أو من جاوز الثلاثين أو أربعاً وثلاثين إلى إحدى وخمسين . انتهى ، والبجالة مصدر بجل كعظم ( وتقدم ) ذلك ( في الوقف ) أيضاً .

★ ★ ★

## ( فصل فيما لا تصح فيه الوصية )[1]

ولا تصح الوصية لكنيسة، ولا لحصرها وقناديلها ونحوه ، ( ولا ) لـ ( بيت نار و) لا لـ ( بيعة وصومعة و ) لا ( دير ولا لإصلاحها وشعلها وخدمتها ولا لعمارتها ) ولو من ذمي لأن ذلك إعانة على معصية ، ( ولا لكتب التوراة، والإنجيل، والزبور، والصحف ، ولو) كانت الوصية ( من ذمي لأنها كتب منسوخة والاشتغال بها غير جائز ) لما فيه من التغيير، والتبديل، ( وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون ) أي المارون ( من أهل الذمة وأهل الحرب صح ) لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية ، ( ولا ) تصح الوصية ( لملك ) -بفتح اللام- أحد الملائك ، ( ولا لميت، ولا لجني، ولا لبهيمة إن قصد تمليكها ) لأنه تمليك فلم يصح لهم كالهبة ، ( وتصح ) الوصية ( لفرس حبيس ) لأنه جهة قربة ( ما لم يرد تمليكه ) فلا تصح الوصية لاستحالة تمليكه ، ( وينفق الموصي به ) للفرس الحبيس (إليه) لأنه مصلحة ، ( فإن مات الفرس ) الحبس ( رد الموصي به ) إن لم يكن أنفق منه شيء ( أو ) رد ( باقيه على الورثة ) لأنه لا مصرف له ، ( وإن شرد ) الفرس الموصي له ( أو سرق ونحوه ) بأن غصب ( انتظر عوده ) لأنه ممكن ، ( وأن ليس منه ) أي من عود (رد) الموصي به ( إلى الورثة ) إذ لا مصرف له ، ( ولو وصي بشراء فرس للغزو بـ) قدر ( معين ) كألف ( ومائة نفقة له ، فاشترى ) الفرس ( بأقل منه ) أي مما عينه (فباقيه نفقة ) للفرس ( لا إرث ) لأنه أخرج الألف والمائة في وجه واحد وهو الفرس ، فهما مال واحد بعضه للثمن وبعضه للنفقة عليه ، وتقدير الثمن لتحصيل صفة ، فإذا حصلت فقد حصل الغرض فيخرج الثمن من المال وتبقى بقيته نفقة .

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح ، وليس في جميع النسخ

( وتصح ) الوصية ( لفرس زيد ولو لم يقبله ) أي الموصي به زيد ، ( ويصرفه ، أي الموصي به للفرس ( في علفه ) رعاية لقصد الموصي، (فإن مات) الفرس قبل إنفاق الكل عليه ( فالباقي للورثة ) أي ورثه الموصي ، لا لمالك الفرس لأنها إنما تكون له على صفة، وهي الصرف في مصلحة دابته ، رعاية لقصد الموصي . قال الحارثي : بحيث يتولى الموصي، أو الحاكم الإنفاق لا المالك . ( وإن وصي لحي وميت يعلم ) الموصي (موته، أو لم يعلم ) موته ( فللحي النصف ، ولو لم يقل ) الموصي أن الموصي به (بينهما) لأنه أضاف الوصية إليهما ، فإذا لم يكن محلاً أحدهما للتمليك ، بطل في نصيبه وبقي نصيب الحي وهو النصف ، ( وكذا إن وصي لحيين فمات أحدهما ) قبل موت الموصي . قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه .

( وإن وصي لوارثه وأجنبي بثلث ماله فأجاز سائر الورثة وصية الوارث ، فالثلث بينهما نصفين ) لأن مطلق الإضافة يقتضي التسوية ، ( وإن وصى لكل واحد منهما ) أي من وارثه وأجنبي ( بمعين قيمتهما الثلث ، فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصيتان لهما ) على ما قال الموصي لعدم المانع ، ( وإن ردوا بطلت وصية الوارث ) لعدم إجازة الورثة ، ( وللأجنبي المعين له ) لأنه لا اعتراض للورثة عليه وبطلت ، ( ولو وصى لهما ) أي لوارثه وأجنبي ( بثلثي ماله فرد الورثة نصف الوصية ، وهو ما جاوز الثلث ، فللأجنبي السدس ) وللوارث السدس ، لأن الوارث يزاحم الأجنبي مع الإجازة ، فإذا ردوا تعين أن يكون الباقي بينهما كما لو تلف بغير رد ، ( ولو ردوا نصيب الوارث وأجازوا للأجنبي فله الثلث كإجازتهم للوارث ) فيكون له الثلث لأن لهم أن يجيزوا لهما ويردوا عليهما ، فلهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الآخر ، ( وإن ردوا وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي ، فله ) أي الأجنبي ( السدس ) لأن لهم أن يجيزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ، فإذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الأجنبي على ماله حال الإجازة للوارث ، ولو أرادوا نقص الأجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك ، أجازوا للوارث أو ردوا ، (ولو وصي له ولجبريل ) بثلث ماله ، ( أو له ولحائط بثلث ماله فله جميع الثلث ) لأن من أشركه معه لا يملك فلم يصح التشريك ، ( ولو وصي له وللرسول ﷺ بثلث ماله قسم بينهما نصفين ، ويصرف ما للرسول ﷺ في المصالح العامة ) كخمس خمس الغنيمة ، ( ولو وصى له ولله ) سبحانه وتعالى ( أو له ولأخوته ) بشيء ( قسم نصفين) وصرف ما لله في المصالح العامة ، ( ولو وصي لزيد وللفقراء بثلثة قسم ) الثلث ( بين زيد والفقراء نصفين نصفه له ) أي لزيد ( ونصفه للفقراء ) لأنه قابل بينه وبينهم ، فاستويا في قدر الاستحقاق كما في قوله لزيد وعمرو ، ولو قال لزيد، والفقراء، والعلماء

فلزيد الثلث ولهما الثلثان لذلك ، ( ولو كان زيد فقير لم يستحق من نصيب الفقراء شيئاً ) لاقتضاء العطف المغايرة . وكذا لو وصي لزيد وجيرانه بشيء لم يشاركهم زيد بكونه جاراً ، ولو وصي لقرابته والفقراء فلقريب فقير سهمان ، ذكره أبو المعالي ، لأن المراعي في الاستحقاق وصفه ، فجاز تعدد استحقاقه بتعدد وصفه .

( وإن وصى به ) أي بالثلث ( لزيد وللفقراء، والمساكين فله أي زيد تسع فقط والباقي لهما ) أي الفقراء والمساكين ، ( ولا يستحق معهم بالفقر والمسكنة ) شيئاً لما تقدم ، (ولو وصي بماله لابنيه وأجنبي ) ولا وارث غير ابنيه ( فرداً وصيته له ) أي الأجنبي ( التسع) لأنه بالرد رجعت الوصية إلى الثلث، والموصي له ابنان وأجنبي فيكون للأجنبي التسع ، لأنه ثلث الثلث ، ( ولو وصي بدفن الميت كتب العلم لم تدفن ) قاله أحمد ، ولعل وجهه أن الغرض نشر العلم لا إخفاؤه ، ( ولو وصي بإحراق ثلث ماله صح وصرف في تجهيز الكعبة، وتنوير المساجد ، ولو وصي بجعل ثلثه في التراب في تكفين الموتى ، و ) لو وصي ( بجعله ) أي الثلث ( في الماء صرف في عمل سفن الجهاد ) محافظة على تصحيح كلام المكلف مهما أمكن . وإن أوصي بجعله في الهواء . قال ابن نصر الله : يتوجه أن يعمل به باد هنج لمسجد ينتفع به المصلون . قال تلميذه صاحب المبدع وفيه شيء . انتهى . ولو قيل : يعمل به نبل ونشاب للجهاد لم يبعد ، ( ولو وصي بكتب العلم لآخر صح ) لأنه إعانة على طاعة ، ( ولا تدخل كتب الكلام ) في كتب العلم (لأنه) أي الكلام ( ليس من العلم ) قال أحمد في رواية أبي الحارث : الكلام رديء لا يدعو إلى خير ، لا يفلح صاحب كلام ، تجنبوا أصحاب الجدال، والكلام، وعليك بالسنن، وما كان عليه أهل العلم ، فإنهم كانوا يكرهون الكلام ، وعنه لا يفلح صاحب كلام أبداً ولا ترى أحداً نظر في الكلام إلا وفي قلبه دغل ، وكذلك روى ابن مهدي عن مالك فيما حكي البغوي : لو كان الكلام علماً لتكلم فيه الصحابة والتابعون كما تكلموا في الأحكام ، والشرائع ولكنه باطل . قال ابن عبد البر : أجمع أهل الفقه والآثار من جميع الأمصار أن أهل الكلام لا يعدون في طبقات العلماء ، وإنما العلماء أهل الفقه والأثر .

( ولا تصح الوصية لكتبه ) أي الكلام ، ( ولا ) الوصية ( لكتب البدع المضلة ، و ) لا لكتب ( السحر ، والتعزيم ، والتنجيم ونحو ذلك ) من العلوم المحرمة لأنها إعانة على معصية ، ( وتصح ) الوصية ( بمصحف ليقرأ فيه ) لأنه قربة ، ( ويوضع بجامع ، أو موضع حريز ) ليحفظه .

★ ★ ★

# باب الموصي به

وهو المتمم لأركان الوصية الأربعة ( يعتبر فيه ) أي الموصي به ( إمكانه ، فلا تصح بمدبره ) ولا بأم ولده لأنهما يعتقان بالموت ، فلا يمكن دخولهما في ملك الموصي له ، (و) يعتبر فيه أيضاً اختصاصه أي الموصي به ، فـ ( لا ) تصح الوصية ( بمال الغير ولو ملكه بعد ) بأن قال : وصيت بمال زيد ، فلا تصح الوصية ولو ملك الموصي مال زيد بعد الوصية لفساد الصيغة بإضافة المال إلى غيره ، ( وتصح ) الوصية ( بما لا يقدر على تسليمه وللوصي السعي في تحصيله كآبق، وشارد، وطير في هواء، وحمل في بطن، ولبن في ضرع ) وسمك في لجة . قال الحارثي : على التمثيل ههنا باللبن في الضرع مناقشة ، فإنه يمكن التسليم بالحليب ، لكنه من نوع المجهول ، أو المعدوم لتجدده شيئاً فشيئاً .

( و ) تصح الوصية أيضاً ( بمعدوم كالذي تحمل أمته ) قال أبو العباس في تعاليقه القديمة : ويظهر لي أنه لا تصح الوصية بالحمل نظراً إلى علة التفريق ، إذ ليس التفريق مختصاً بالبيع ، بل هو عام في كل تفريق إلا العتق، وافتداء الأسير ، ( أو ) تحمل (شجرته أبداً، أو مدة معينة) كسنة وسنتين، ( فإن حصل شيء فله ) لأن الوصية أجريت مجرى الميراث وهذا يورث ، فصحت الوصية به إلا حمل الأمة ، فيعطى مالك الأمة قيمته لحرمة التفريق ، فإن وطئت بشبهة فعلى الواطيء قيمة الولد لو وصى له به ، وإن لم تحمل حتى صارت حرة بطلت الوصية ولا يلزم الوارث السقي لأنه لم يضمن تسليمها بخلاف بائع ، ( وإلا ) بأن لم يحصل شيء مما وصي به ( بطلت ) الوصية لفوات محلها ، ( ومثله ) أي ما تقدم في الصحة الوصية ( بمائة لا يملكها ، فإن قدر ) الموصي (عليها عند الموت ، أو ) قدر ( على شيء منها ) صحت واعتبرت من الثلث ، ( وإلا ) بأن لم يقدر على شيء منها ( بطلت ) الوصية لما تقدم ، ( وتصح ) الوصية ( بإناء ذهب وفضة ) لأنه مال يباح الانتفاع به على غير هذا الوجه بأن يكسره، ويبيعه، أو يغيره عن هيئته ، بأن يجعله حلياً يصلح للنساء أو نحو ذلك ، فصحت الوصية، كالأمة المغنية، (و ) تصح الوصية لإنسان ( بزوجته ) الأمة وينفسخ النكاح بقبوله بعد الموت ، ( و ) تصح الوصية ( بما فيه نفع مباح من غير المال ، ككلب صيد ، و ) كلب ( ماشية ، و ) كلب زرع وحرث ، ( ولما يباح اقتناؤه منها ) لأن فيه نفعاً مباحاً ، وتقر اليد عليه ، والوصية تبرع ، فصحت في غير المال كالمال ، ( ويأتي في الصيد ) بأوضح من هذا ،

(وكزيت متنجس ) فتصح الوصية به ( لغير مسجد ) لان فيه نفعاً مباحاً ، وهو الاستصباح به فيه ، وتقدم ، ( وله ) أي الموصي له بالكلب المباح، أو الزيت المتنجس (ثلث الكلب ، و ) ثلث ( الزيت ) المتنجس الموصي به ( إن لم تجز الورثة ، ولو كان له مال كثير ) لأن موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة ، وليس من التركة شيء من جنس الموصي به ، ( وإن وصي لزيد بكلابه ، و ) وصي ( لآخر بثلث ماله ، فللموصي له بالثلث ثلث المال وللموصي له بالكلاب ثلثها إن لم يجز الورثة ) لأن ما حصل للورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصي له ، وهو ثلث المال ، ولم يحتسب على الورثة بالكلاب ، لأنها ليست بمال ، ( ولو وصي بثلث ماله، ولم يوص بالكلاب دفع إليه ) أي الموصي له بالثلث ( ثلث المال ، ولم تحتسب الكلاب على الورثة ) لأنها ليست بمال ( وتقسم ) الكلاب ( بين الوارث ) بالعدد ، ( و ) تقسم أيضاً بين الوارث وبين ( الموصي له ) بها إن لم تجز الورثة، أو بعضها بالعدد ، ( أو ) أي وتقسم الكلاب ( بين اثنين ) فأكثر ( موصي لهما بها على عددها ، لأنه لا قيمة لها، فإن تشاحوا في بعضها ) بأن طلب كل منهم أن يكون له ، ( فينبغي أن يقرع بينهم ) قاله في الشرح ، لأنه لا مرجح لأحدهم على غيره ، وعبارته في المبدع والإنصاف وغيرهما : فإن تشاحوا أقرع بينهم ، ( ولا تصح ) الوصية ( بما لا يباح اتخاذه منها ) كالأسود البهيم، والعقور ، وما لا يصلح للصيد ، ولا للزرع ، ولا للماشية ، ( ولا بالخنزير ، ولا بشيء من السباع ) من البهائم والطيور ( التي لا تصلح للصيد ) لعدم نفعها ، ( ولا بما لا نفع فيه مباح كالخمر والميتة ) المحرمة ( ونحوها ) كالدم ، لأن الوصية تمليك ، فلا تصح بذلك كالهبة . وقد حث الشارع على إراقة الخمر، وإعدامه فلم يناسب صحة الوصية به . وظاهره : ولو قلنا يباح الانتفاع بجلدها بعد الدباغ .

( وتصح ) الوصية ( بمجهول ) كعبد وثوب ، لأن الموصي له شبيه بالوارث من جهة انتقال شيء من التركة إليه مجاناً ، والجهالة لا تمنع الإرث ، فلا تمنع الوصية ، (ويعطى ما يقع عليه الاسم ) لأنه مقتضى اللفظ ، ( فإن اختلف الاسم بالحقيقة ) الوضعية ، (والعرف ، كالشاة هي في ) الحقيقة للذكر والأنثى من الضأن والمعز ، والهاء للوحدة . وفي ( العرف ) للأنثى الكبيرة من الضأن والمعز ) غلب العرف كالإيمان ( والبعير ) -بفتح الياء وكسرها- ( والثور هو في العرف للذكر الكبير ) من الإبل أو البقر ، ( وفي الحقيقة للذكر ، والأنثى غلب العرف كالإيمان ) اختاره الموفق ، وجزم به في الوجيز والتبصرة ، لأن الظاهر إرادته ، ولأنه لو خوطب قوم بشيء لهم فيه عرف وحملوه على عرفهم لم يعدوا مخالفين .

( وصحح المنقح أنه تغلب الحقيقة ) وهو قول القاضي، وأبي الخطاب، وابن عقيل وغيرهم من الأصحاب وجزم به في المنتهى ، لأنها الأصل ، ولهذا يحمل عليها كلام الله وكلام رسوله ﷺ (فيتناول) اللفظ مما ذكر (الذكور، والإناث، والصغار، والكبار، فيعطى ما يقع عليه الاسم من ذكر وأنثى، كبير وصغير ) لصلاحية اللفظ له، (وحصان) -بكسر الحاء المهملة- لذكر ( وجمل ) -بفتح الميم وسكونها- لذكر، ( وحمار وبغل وعبد لذكر) فقط . قال تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ [1] ، والعطف يقتضي المغايرة؛ ولأنه المفهوم من إطلاق اسم العبد ، فلو وكله في شراء عبد فليس له شراء أمة ، ( وأتان ) الحمارة . قال في القاموس : والإتان قليل ، ( وناقة وبكرة، وقلوص ) الأنثى ( وحجر ) -بكسر الحاء وسكون الجيم- الأنثى من الخيل . قال في القاموس : وبالهاء لحن ، ( وبقرة لأنثى وكبش للذكر الكبير من الضأن ، وتيس للذكر الكبير من المعز وفرس ) لذكر وأنثى ( ورقيق لذكر وأنثى ) قال في شرح المنتهى: ويكونان للخنثى أيضاً ( والدابة اسم للذكر والأنثى من الخيل ، والبغال ، والحمير ) لأن ذلك هو المتعارف . قال الحارثي والقائلون بالحقيقة لم يقولوا ههنا بالأعم ، كأنهم لحظوا غلبة استعماله في الأجناس الثلاثة ، بحيث صارت الحقيقة مهجورة ، ( فإن قرن به ) أي بذكر الدابة في الوصية ( ما يصرفه إلى أحدها ) أي أحد الأجناس الثلاث ( كقوله ) : أعطوا له ( دابة يقاتل عليها انصرف إلى الخيل ) وكذا لو قال : دابة يسهم لها لاختصاصها بذلك ، ( وإن قال ) : أعطوا له ( دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال ) والذكر لانتفاء النسل فيهما ، ( ولو قال ) : أعطوه ( عشرة ) أو عشراً ( من إبلي أو غنمي فللذكر والأنثى ) لأنه قد يلحظ في التذكير معنى الجمع ، وفي التأنيث معنى الجماعة ، وأيضاً اسم الجنس يصح تذكيره وتأنيثه .

( وإن أوصى له بعبد مجهول ) بأن أوصى له بعبد ( من عبيده ) ولم يعينه ( صح ويعطيه الورثة ما شاءوا منهم ) لأن لفظه تناول واحداً فيلزم الموصي له قبول ما يدفعه الوارث من صحيح، أو معيب جيد، أو رديء لتناول الاسم له ، ( فإن لم يكن له عبيد لم تصح الوصية إن لم يملك الموصي عبيداً قبل الموت ) لأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين حين الموت أشبه ما لو أوصي له بما في الكيس ولا شيء فيه أو بداره ولا دار له ، ( فلو ملك ) الموصي شيئاً من العبيد ( قبله ) أي الموت ، ( ولو واحداً أو كان له ) عبد ( واحد صحت ) الوصية وتعين كونه للموصي له ، لأنه لم يكن للوصية محل

---

(١) سورة النور ، الآية : ٣٢ .

غيره. ( وإن كان له ) أي الموصي ( عبيد فماتوا قبل موت الموصي ) بطلت الوصية لفوات محلها ، ( ولو تلفوا بعد موته من غير تفريط ) من الورثة ، ( فكذلك ) أي بطلت الوصية بمعنى أنه فات على الموصي له ، إذ لا موجب للضمان لحصول التركة في أيديهم بغير فعلهم ، ( وإن ماتوا ) أي العبيد ( إلا واحداً تعينت الوصية فيه ) لأنه لم يبق غيره وقد تعذر تسليم الباقي ، وهذا إن حمله الثلث ، قاله في الرعاية .

( وإن قتلوا ) أي العبيد ( كلهم ، فله ) أي الموصي له ( قيمة أحدهم وهو من يختار الورثة بذله للموصي له على قاتله ) كما يلزم القاتل قيمته وإن لم يكن موصي به ، (ومثله) أي العبد في الوصية ( شاة من غنمه ) وثوب من ثيابه، وأمة من إمائه وإتان من حميره، وفرس من خيله ونحوها على ما سبق تفصيله بلا فرق ، ( ولو وصي أن يعطى) زيد مثلاً ( مائة من أحد كيسي ، فلم يوجد فيهما شيء استحق مائة ) اعتباراً للمقصود وهو أصل الوصية لا صفتها بخلاف ما لو وصي له بعبد من عبيده، ولا عبد له فتبطل . قال الحارثي : وقد يفرق بينهما بأن القدر الفائت في صورة المائة صفة محل الوصية لا أصل المحل ، فإن كيساً يؤخذ منه مائة موجود ملكاً ، فأمكن تعلق الوصية به والفائت في صورة البعد أصل المحل ، وهو عدم العبيد بالكلية ، فالتعلق متعذر . انتهى ، وقد ذكرت في الحاشية الفرق بينهما عن ابن نصر الله أيضاً ، وإن قال : أعطوه عبداً من مالي ولم يكن له عبد اشترى له .

( وإن وصي له بقوس وله أقواس قوس نشاب وهو الفارسي، وقوس نبل وهو العربي أو قوس بمجرتي وهو ) القوس ( الذي يوضع السهم ) الصغير ( في مجراه فيخرج ) السهم ( من المجرى ) ويقال له قوس حسبان ، وهي السهام الصغيرة ، قاله الحارثي . (و) قوس ( جرخ ) وهو الذي يرمي به الروم ، ( أو ) قوس ( بندق وهو قوس جلاهق ) -بضم الجيم وكسر الهاء- وهو اسم للبندق وأصله بالفارسية جله وهي كبة غزل والكبير جلها ( أو ) قوس ( ندف ) يندف به القطن ، ( فله ) أي الموصي له بقوس مطلق ( قوس النشاب بغير وتر ، لأنه أظهرها ) أي أسبق إلى الفهم فله واحد من المتعارف يعينه الوارث ، ( فإن لم يكن له ) أي الموصي ( إلا قوس واحد من هذه القسي تعينت الوصية فيه ) إذا لا محل لها غيره ، ( وإن كان في لفظه ) أي الموصي ( أو حاله قرينة تصرفه إلى أحدها ) أي الأقواس ( انصرف إليه ، مثل أن يقول : قوس يندف به ، أو ) قوس (يتعيش ) به ، ( أو نحو ذلك ، فهذا يصرفه إلى قوس الندف ) عملاً بالقرينة ، ( وإن قال : قوس يغزو به خرج قوس الندف والبندق ) لأنهما لا يقاتل بهما ، ( وإن كان الموصي له ) بقوس ( ندافاً لا عادة له بالرمي، أو بندقانياً لا عادة له بالرمي عن سواه، أو

يرمي بقوس غيره ، ولا يرمي بسواه انصرفت الوصية إلى القوس الذي يستعمله عادة ) لأن ذلك قرينة تخصص ذلك النوع ، لأن الظاهر إرادة الانتفاع ، ( فإن كان له ) أي الموصي ( أقواس من النوع الذي استحق الوصي ) قوساً منها ( أعطى أحدها بقرعة ) قياس ما تقدم ، أنه يعطى ما يختاره الورثة ، ( وإن وصي له بطبل حرب صحت ) الوصية ، لأن فيه نفعاً مباحاً ومثله على ما ذكره الحارثي : طبل صيد، وطبل حجيج لنزول وارتحال . و( لا ) تصح الوصية ( بطبل لهو ، ولا تصلح للحرب وقت الوصية ) لأنه لا منفعة فيه مباحة ، فإن كان الطبل يصلح للحرب واللهو معاً ، صحت الوصية به لقيام المنفعة المباحة به ، ( وإن كان ) الطبل ( من جوهر نفيس ينتفع برضاضه ) -بضم الراء- أي فتوته وكل شيء كسرته فقد رضضته ، ( كالذهب والفضة صحت ) الوصية به (نظراً إلى الانتفاع بجوهرهما دون جهة التحريم ) كآنية الذهب والفضة ، وقياس ذلك صحة بيعه ، ( وإن كان له طبلان أحدهما مباح ) والآخر محرم ووصي بطبل ، انصرفت الوصية إلى المباح ، ( أو وصي له بكلب ، وله كلبان أحدهما مباح ) والآخر محرم ( انصرفت الوصية إلى المباح ) لأن وجود المحرم كعدمه شرعاً ، فلا يشمله اللفظ عند الإطلاق ، ( وكذا الدف ) أي لو كان له دف مباح ودف محرم بحلق أو صنوج ، وأوصى بدف انصرف إلى المباح دون المحرم ، لما تقدم ، وتصح الوصية بالبوق لمنفعته في الحرب ) قاله القاضي ، ( وإن كان له ) أي الموصي ( طبول تصح الوصية بجميعها ) لكونها كلها تصلح للحرب ووصي بأحدها وأطلق ، (فله) أي الموصى له ( أحدها بالقرعة ) قياس ما تقدم له أحدها باختيار الورثة . قال الحارثي : وإن تعدد المباح فله أحدها، إما بالقرعة. أو اختيار الورثة على الاختلاف فيه ، ( ولا تصح) الوصية ( بمزمار وطنبور، وعود لهو ، وكذا آلات اللهو كلها ولو لم يكن فيها أوتار ) لأنها مهيأة لفعل المعصية أشبه ما لو كانت بأوتارها وقياس ما تقدم : إن كانت من جوهر نفيس ينتفع برضاضه كالذهب والفضة صحت نظراً إلى الانتفاع بجوهرها دون جهة التحريم ، (وتنفذ الوصية فيما علم ) الموصي ( من ماله، وما لم يعلم ) منه لعموم اللفظ، فإن المال يعم معلومه ومجهوله، وقياساً على نذر الصدقة بالثلث، (فإذا أوصي بثلثه) لنحو زيد أو مسجد ، ( فاستحدث مالاً ولو بنصب أحبولة قبل موته ، فيقع فيها صيد بعد موته دخل ثلثه ) أي المستحدث ( في الوصية ويقضي منه دينه ، وإن قتل وأخذت ديته دخلت ) ديته ( في الوصية فهي ) أي الدية ( ميراث تحدث على ملك الميت) لأنها بدل نفسه ونفسه له، فكذلك بدلها ولأن دية أطرافه في حال حياته له ، فكذلك دية نفسه بعد موته ، (فيقضي منها ) أي الدية ( ديته ويجهز منها إن كان ) أخذها (قبل تجهيزه ) وإنما يزول ملكه عما

يستغني عنه، فأما ما تعلقت به حاجته فلا ووصيته من حاجته ، ( ولو وصى بـ ) نحو عبد ( معين بقدر نصف الدية حسبت الدية على الورثة من ثلثيه ) لأنها تركة ، ويأخذ العبد الموصى له به .

★ ★ ★



## فصل

وتصح الوصية بالمنفعة المفردة عن الرقبة لأنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة ، فصحت الوصية بها كالأعيان ، وقياساً على الإعارة ، ( كـ ) ما لو أوصى لإنسان بـ ( خدمة عبد وغلة دار ، وثمرة بستان ، أو ) ثمرة ( شجرة سواء وصى بذلك ) أي بما ذكر من المنفعة (مدة معلومة ، أو ) وصى ( بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله ) لأن غايته جهالة القدر وجهالة القدر لا تقدح ، ولو قال : وصيت بمنافعه ، وأطلق أفاد التأبيد أيضاً لوجود الإضافة المعممة ، ولو وقت شهراً أو سنة ، وأطلق وجب في أول زمن لظهور معنى الإبهام بقوله من السنين .

( و ) إذا كانت الوصية بثمرة بستان ، أو شجرة أبداً ، أو مدة معينة ( لا يملك واحد من الموصي له والوارث إجبار الآخر على السقي ) لعدم الموجب لذلك ، ( فإن أراد أحدهما سقيها بحيث لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ) من السقي ، فإن تضرر منع، لحديث : « لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ » .

( وإن يبست الشجرة ) الموصى بثمرتها ( فحطبها للوارث ) إذ لا حق للموصى له في رقبتها ، ( وإن لم يحمل ) الشجر الموصى بثمرته لزيد سنة مثلاً ( في المدة المعينة ، فلا شيء للموصى له ) لفوات محل الوصية ، ( وإن قال ) الموصي لزيد : ( لك ثمرتها أول عام تثمر صح ، ولك ثمرتها ذلك العام ) تنفيذاً للوصية ، ( وإن وصى له بلبن شاته وصوفها ، صح ) كسائر المنافع ، ( ويعتبر خروج ذلك من الثلث) كسائر الوصايا، ( وإلا ) بأن لم يخرج من الثلث ( أجيز منها بقدر الثلث ) إن لم تجز الورثة الباقي ، (وإذا أريد تقويمها ) أي المنفعة ( وكانت الوصية ) بالمنفعة ( مقيدة بمدة ) معلومة ( قوم الموصي بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظركم قيمتها ) مثاله : لو وصى له بسكنى دار سنة ، فتقوم الدار مستحقة المنفعة سنة ، فإذا قيل : قيمتها عشرة مثلاً قومت بمنفعتها ، فإذا قيل قيمتها اثنا عشر ، فالاثنان قيمة المنفعة الموصى بها إذا خرجا من الثلث نفذت الوصية ، وإلا فبقدر ما يخرج منهما ، وهذا أحد الوجهين ، واختاره في المستوعب . قال : هذا الصحيح عندي .

**والوجه الثاني** : يعتبر خروج العين بمنفعتها من الثلث ، وجزم به المصنف فيما يأتي .

قال في الإنصاف : وهو الصحيح . وقال في تصحيح الفروع : حكمها حكم المنفعة على التأبيد وعليه الأكثر، منهم القاضي . وقدمه في الخلاصة، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وشرح الحارثي وغيرهم من الأصحاب، ( وإن كانت الوصية ) بالمنفعة (مطلقة في الزمان كله ، فإن كانت منفعة عبد ونحوه ، فتقوم الرقبة بمنفعتها ، لأن عبداً لا منفعة له لا قيمة له ، وإن كانت ) المنفعة الموصى بها ( ثمرة بستان قومت الرقبة على الورثة ، و ) تقوم ( المنفعة على الوصي ، لأن الشجر ينتفع بحطبه إذا يبس ، فإذا قيل : قيمة الشجرة عشرة وبلا ثمرة درهم علمنا أن قيمة المنفعة تسعة ) فيعتبر خروجها من الثلث ، ( ولو وصى بمنافع عبده ، أو ) بمنافع ( أمته أبداً، أو مدة معينة ) كسنة (صح) لما تقدم ، ( وللورثة عتقها ) لأنها مملوكة لهم ( لا عن كفارة ) لعجزها عن الاستقلال بنفعها فهي كالزمنة ، ( ومنفعتها باقية للموصى له ولا يرجع على المعتق بشيء ) لأنه لم يفوت عليه شيئاً ، ( وإن أعتق صاحب المنفعة لم يعتق ) لأن العتق للرقبة وهو لا يملكها، ( فإن وهب صاحب المنفعة ) وهو الموصى له بها ( منافعه للعبد، أو أسقطها ) عنه ( فللورثة الانتفاع به لأن ما يوهب للعبد يكون لسيده ) فعلى هذا إن كان ذلك بعد العتق فليس لهم الانتفاع به ، ( ولهم ) أي الورثة ( بيعها ) أي الرقبة ( من الموصى له) بمنافعها ولغيره ، ( لأن المشتري قد يرجو الكمال بحصول منافعها لها من جهة الوصي إما بهبة، أو وصية أو مصالحة بمال ، وقد يقصد تكميل المصلحة لمالك المنفعة بتمليكها له) أي تمليك الرقبة للموصي له ) وفي نسخة بتكميلها ، ( وقد يعتقها فيكون له الولاء ) ولأن الرقبة مملوكة لهم ، فصح بيعها كغيرها ، وتباع مسلوبة المنفعة، ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه ، ( وإن جنت ) الأمة الموصي بمنافعها، أو العبد ( سلموها ) لولي الجناية مسلوبة المنفعة ، ( أو فدوها مسلوبة ) المنفعة ، ( ويبقى انتفاع الوصية بحاله ) لأن جنايتها تتعلق برقبتها لا بمنفعتها ، ( ولهم ) أي الورثة ( كتابتها ) أي الأمة الموصي بمنافعها ، وكذا العبد الموصي بمنافعه كبيعه ، ( و ) لهم ( ولاية تزويجها ، وليس لهم تزويجها ( بطلبها ) لأنه حق لها، ( والمهر في كل موضع وجب ) سواء كان بنكاح، أو شبهة، أو زنا ( للموصي له ) لأنه بدل بضعها ، وهو من منافعها، ( وإن وطئت ) الأمة الموصي بنفعها ( بشبهة ، فالولد حر ) لاعتقاد الواطيء أنه وطيء في ملك ، كالمغرور بأمة ، ( وللورثة قيمته ) أي الولد ( عند الوضع على الواطيء ) جبراً لما فاتهم من رقه ، لأنه فوته عليهم ، ( وإن قتلها ) أي الأمة ( وارث أو غيره ، فلهم ) أي الورثة ( قيمتها) دون الموصى له ، لأن الإتلاف صادف الرقبة ، وهم مالكوها ، وفوات المنفعة حصل ضمناً ( وتبطل الوصية ) لفوات محلها ، كالإجارة ، ( ويلزم القاتل قيمة المنفعة ) أي

فتقوم العين غير مسلوبة المنفعة ، ويغرم قيمتها للورثة ، كما تقدم ، وليس معناه يغرمها للموصى له ، كما قدمته لك ، فلا مخالف فيه لكلام الأصحاب ، وفي الانتصار ؛ إن قتلها وارثها فعليه قيمة المنفعة . قال في الإنصاف : وعموم كلام المصنف وغيره من الأصحاب : إن قتل الوارث كقتل غيره ، وقطع في المنتهى بما في الانتصار ( وللموصى له ) بخدمة أمة ونحوها ( استخدامها حضراً وسفراً ، و ) له ( المسافرة بها ، وإجارتها ، وإعارتها ) لأنه إذا مالك النفع جاز له إستيفاؤه بنفسه وبمن يقوم مقامه ، وكذا حكم العبد الموصى بنفعه ، ( وليس لواحد منهما ) أي الوارث والموصي له بالنفع ( وطؤها ) لأن مالك المنفعة ليس بزوج ولا مالك للرقبة ، والوطء لا يباح بغيرهما ، ومالك الرقبة لا يملكها ملكاً تاماً ، ولا يأمن أن تحمل منه ، وربما أفضى إلى هلاكها ، ( فإن وطئها أحدهما أثم ولا حد عليه ) لأنه وطء شبهة ، لوجود الملك لكل منهما ، ( و ) إن ولدت من أحدهما ، فـ ( ولده حر ) لما تقدم ( فإن كان الواطيء صاحب المنفعة ) وأولدها ( لم تصر أم ولدَ له ) لأنه لا يملكها ، ( وعليه قيمة ولدها يوم وضعه ) للورثة لما تقدم ، (ولا مهر عليه ) لأنه لو وجب لكان له ، ( وحكمها على ما ذكر ، فيما إذا وطئها أجنبي بشبهة ) على ما سبق ، ( وإن كان الواطيء مالك الرقبة ، صارت أم ولد له) لأنها علقت منه بحر في ملكه ، ( وعليه المهر ) للموصى له بالنفع ، ( وتجب عليه قيمة الولد، يأخذ شركاؤه حصتهم منها ) لكونه فوته عليهم ، ( وإن كان ) الواطيء ، ( وهو الوارث وحده سقطت عنه ) قيمة الولد ، إذ لو وجبت لكانت له ، ولا يجب للإنسان على نفسه شيء ، ( وإن ولدت ) الموصي بنفعها ( من زوج ) لم يشرط الحرية، ( أو زنا فالولد لمالك الرقبة ، لأنه جزء منها ) وليس من النفع الموصي به ( ونفقتها على مالك نفعها ) لأنه يملك نفعها ، فكانت النفقة عليه ، كالزوج ، ( وكذلك سائر الحيوانات الموصي بمنفعتها ) تكون نفقتها على الموصي له بمنفعتها ، ( ويعتبر خروج جميعها ) أي الأمة الموصي بنفعها ، وكذلك كل عين موصى بنفعها ( من الثلث ) سواء كانت الوصية أبداً ، أو مدة معينة ، وهذا الصحيح كما تقدمت الإشارة إليه ، ( فتقوم ) الأمة (بمنفعتها) فما بلغت اعتبر من الثلث ، فإن ساواه أو نقص نفذ ، وإلا فبقدره ، ويتوقف الزائد على الإجازة ، ( وإن وصي لرجل برقبتها ، و ) وصي ( لآخر بمنفعتها ، صح ) ذلك ( وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا ) من الأحكام ، لأنه مالك الرقبة ، (ولو مات الموصي له بنفعها ، أو ) مات ( الموصى له برقبتها ) أو مات ( فلورثة كل واحد منهما ما كان له ) لأن من مات عن حق فهو لورثته ، ( وإن وصي لرجل بحب زرعه

ولآخر بتبنه صح ، والنفقة بينهما ) على قدر المالين ، ( ويجبر الممتنع منهما ) على الإنفاق مع الآخر ، لأن الترك ضرر عليهما ، وإضاعة للمال ، ( وتكون النفقة ) بينهما ( على قدر قيمة كل واحد منهما ) في الحب والتبن ، كالشريكين في أصل الزرع ، (وإن وصى له ) أي لزيد ( بخاتم ، و ) وصى ( لآخر بفصه ، صح ) ذلك ، لأن فيه نفعاً مباحاً ، ( وليس لواحد منهما الانتفاع به ) أي بالخاتم ( إلا بإذن الآخر ) كالمشترك ، (وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب إليه ، وأجبر الآخر عليه ) لتمييز حقه ، (وإن وصى له بمكاتبه صح ) لأنه صح بيعه ، ( ويكون ) الموصى له به ( كما لو اشتراه ) لأن الوصية تمليك ، أشبهت الشراء ، فإن أدى عتق والولاء له ، كالمشتري ، وإن عجز عاد رقيقاً له ، وإن عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية ، لأن رقه لا ينافيها ، وإن أدى إليه بطلت ، فإن قال : إن عجز ورق فهو لك بعد موتي ، فعجز في حياة الموصي صحت ، وإن عجز بعد موته بطلت ، وإن قال : إن عجز بعد موتي فهو لك ، ففيه وجهان ، لكن قياس ما تقدم الصحة .

( وإن وصى له بمال الكتابة ) كله ( أو بنجم منها صح ) لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه في الحال كحمل الجارية ، ( وللموصي له الاستيفاء ) عند حلوله (والإبراء ) منه ، ( ويعتق ) المكاتب ( بأحدهما ) بالاستيفاء، أو الإبراء ، ( والولاء للسيد ) لأنه المنعم عليه ، ( فإن عجز ) المكاتب ( فأراد الوارث تعجيزه وأراد الموصي له إنظاره أو عكسه ) بأن أراد الموصى له تعجيزه وأراد الوارث إنظاره ، ( فالحكم للوارث ) لأن حق الموصي له إنما يثبت عند قيام العقد والقدرة على الأداء ، فإذا عجز كان العقد مستحق الإزالة فيملك الوارث الفسخ والإنظار ، ( وتقدم في الباب قبله ذكر الوصية للمكاتب ) مفصلة ، ( وإن وصى برقبته ) أي المكاتب لرجل ، ( و ) وصى ( بما عليه لآخر صح ) على ما قاله لأن كلا منهما تصح الوصية به مفرداً، فجاز مجتمعاً ، ( فإن أدى ) المكاتب ( لصاحب ) وصية ( المال، أو أبرأه منه عتق وبطلت الوصية برقبته ) لانتفاء شرطها ، ( وإن عجز ) المكاتب عن أداء مال الكتابة كله أو بعضه ( فسخ صاحب الرقبة كتابته ، وكان رقيقاً له ) عملاً بالوصية ، ( وبطلت وصية صاحب المال ) لفوات محلها، ( وإن كان ) الموصي له بالمال ( قبض من مال الكتابة شيئاً فهو له ) ولا يرجع به عليه .

( وإن كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم يصح ) لأنه لا شيء في ذمته ، ( فإن قال : أوصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح ) لأن الأداء في الفاسدة كالأداء في الصحيحة من ترتب العتق عليه ، وإن أوصى برقبته صح ، لأنه إذا

صح في الصحيحة ، ففي الفاسدة أولى ، ( وإذا قال : اشتروا بثلثي رقاباً فأعتقوهم لم يجز صرفه إلى المكاتبين ) لأنه أوصى بالشراء لا بالدفع إليهم ، وإن اتسع الثلث لثلاثة لم يجز شراء أقل منها ، فإن قدر أن يشتري أكثر من ثلاثة فهو أفضل ، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصة من رابع ، فثلاثة غالية أولى ، ويقدم من به ترجيح من عفة ودين ، وصلاح ، ولا يجزي إلا رقبة مسلمة سالمة من العيوب كالكفارة ، وإن وصى بكفارة أيمان فأقله ثلاثة ، نقله حنبل لأنها أقل الجمع .

★ ★ ★



ومن أوصى له بشيء معين كعبد ، وثوب ( فتلف قبل موت الموصي ، أو ) تلف (بعده قبل القبول ، بطلت الوصية ) حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم، لأن الموصى له إنما يستحق المعين ، فإذا ذهب زال حقه كما لو تلف في يده ، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم ، لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، ولا تفريط منهم فلم يضمنوا شيئاً .

( وإن تلف المال كله غيره ) أي غير المعين الموصى به ( بعد موت الموصي ، فهو للموصى له ) لأن حقوق الورثة لم تتعلق به لتعيينه للموصى له بدليل أنه يملك أخذه بغير رضاهم ، فتعين حقه فيه دون سائر ماله . قال ابن حمدان : إن كان عند الموت قدر الثلث، أو أقل ، وإلا ملك منه بقدر الثلث ، ( وإن لم يأخذه ) أي يأخذ الموصى له الموصى به ( زماناً قوم وقت الموت ) لأنه حال لزوم الوصية فيعتبر قيمة المال فيه . قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه ( لا وقت الأخذ ) هو تأكيد فينظركم كان الموصى به وقت الموت ، فإن كان ثلث التركة ، أو دونه استحق الموصى له ، وإن زادت قيمته حتى صارت مثل المال ، أو أكثر ، أو هلك المال سواه اختص به ولا شيء للورثة ، وتقدم وإن كان حين الموت زائداً على الثلث فللموصى له قدر الثلث وإن كان نصف المال فله ثلثاه ، وإن كان ثلثيه فله نصفه ، وإن كان نصف المال وثلثه فله خمساه ولا عبرة بالزيادة أو النقصان بعد ذلك ، وكذا لو وصى بعتق عبد معين .

( وإن لم يكن له ) أي الموصي ( سوى المال المعين إلا مال غائب ، أو ) لم يكن له سوى المال المعين إلا ( دين في ذمة موسر ، أو ) ذمة ( معسر فللموصي له ثلث الموصى به ) لأن حقه في الثلث متيقن ، فوجب تسليم ثلث المعين إليه ، وليس له أخذ المعين قبل قدوم الغائب، وقبض الدين ، لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله وكما لو

لم يخلف غير المعين، ( وكلما اقتضى من الدين شيء، أو حضر من الغائب شيء ملك) الموصى له ( من الموصى به قدر ثلثه حتى يملكه كله ) لأنه موصى له به يخرج من ثلثه ، وإنما منع قبل ذلك لأجل حق الورثة وقد زال ، فلو خلف ابنا وتسعة عينا أوصى بها لشخص وعشرين ديناراً ديناً ، فللوصي ثلثها ثلاثة ، فإذا اقتضى ثلاثة فله من التسعة واحد ، وهكذا حتى يقتضي ثمانية عشر فتكمل له التسعة ، وإن تعذر استيفاء الدين ، فالستة الباقية للابن ولو كان الدين تسعة ، فالابن يأخذ ثلث العين والوصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كلما استوفي من الدين شيئاً فللوصي من العين قدر ثلثه ، فإذا استوفى الدين كمل للوصي ستة وهي ثلث الجميع ، وإن كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها والابن نصفها ويبقى سدسها موقوفاً ، فمتى اقتضى من الدين ثلثيه كملت وصيته ، (وكذلك الحكم في المدبر ) أي يعتق في الحال ثلثه ، وكلما اقتضى من الدين شيء، أو حضر من الغائب عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه إن خرج من الثلث ، ( وتعتبر قيمة الحاصل بسعر يوم الموت ) لأنه وقت لزوم الوصية لا يوم القبض ( على أدنى صفته من يوم الموت إلى حين الحصول ) لأنه غير مضمون على الورثة قبل قبضه . وكذا إن وصى بعتق عبد معين ، ( وإن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه ، فله ) أي الموصي له ( ثلثه الباقي إن خرج من الثلث ) لأنه موصى به خرج من الثلث فاستحقه كما لو كان معيناً ، ( وإلا ) بأن لم يخرج من الثلث فلم يكن له مال غيره ، ( فله تسعة ) أي العبد ( إن لم تجز الورثة ومثله لو وصى بثلث صبرة من مكيل، أو موزون فتلف ) ثلثاها ( أو استحق ثلثاها ) فللموصي له الثلث الباقي إن خرج من الثلث وإلا فالتسع ، ( وإن وصي له بثلث ثلاثة أعبد فاستحق اثنان، أو مات فله ثلث ) العبد ( الباقي ) لأنه لم يوصي له منه بأكثر من ثلثه ، وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه ، ( وإن وصى له ) أي لزيد مثلاً ( بعبد قيمته مائة ، و ) وصى ( لآخر ) كعمرو مثلاً ( بثلث ماله وملكه غير العبد مائتان ) أي إذا وصى لشخص بمعين من ماله، ولآخر بجزء مشاع منه كثلثه فأجيز لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ، ثم شارك صاحب المعين فيه ، فيقسم بينهما على قدر حقهما فيه ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كمسائل العول ، وقد نبه عليه بقوله : ( فأجاز الورثة ) الوصيتين ( فللموصي له بالثلث ثلث المائتين ) وهو ستة وستون ، وثلثان لا يزاحمه الآخر فيها ، ( وربع العبد ) لدخوله في المال الموصي له بثلثه فأبسط الكامل من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضمم إليها الثلث الذي للآخر تصير أربع ثم اقسم عليها ، فيصير الثلث ربعا كمسائل العول فيخرج لصاحب الثلث ربع ، ( وللموصي له بالعبد ثلاثة أرباعه ) ، ثم انتقل إلى حال

الرد ، فقال : ( وإن ردوا فللموصي له بالثلث سدس المائتين، وسدس العبد وللموصي بالعبد نصفه ) لأن الوصيتين متساويتان لأن العبد قيمته مائة وثلث جميع المال مائة فيكون الثلث بينهما نصفين إلا أن الموصي له بالعبد يأخذ نصيبه كله منه، والموصي له بالثلث يأخذ من جميع المال سدسه ، ( وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فأجازوا لصاحب النصف مائة ) لأنها نصف المائتين اللتين لا مزاحم له فيهما ( وثلث العبد ) لأنه موصى له بنصفه لدخوله في جملة المال وموصى للآخر بكله وذلك نصفان ونصف فاقسمه على ثلاثة يرجع النصف إلى ثلث ، ( ولصاحب العبد ثلثاه ) لما تقدم ، ( وفي الرد ) تقسم الثلث على وصيتهما وهي مائتان وخمسون قيمة العبد مائة ونصف المال مائة وخمسون يكون ( لصاحب النصف خمس المائتين، وخمس العبد ) ستون من ثلثمائة ، وذلك خمسا وصيته ، ( ولصاحب العبد خمساه ) أربعون من ثلثمائة ، وذلك خمسا وصيته ، ( والطريق فيهما ) أي في المسألتين ( أن تنسب الثلث ) وهو مائة ( إلى وصيتهما جميعاً ، وهما ) أي الوصيتان ( في ) المسألة ( الأولى مائتان ) لأنهما بالعبد وقيمته مائة، وبثلث المال وهو مائة فيكون نصفاً ، ( وفي ) المسألة ( الثانية مائتان وخمسون) لأنهما بالعبد وقيمته مائة ، وبنصف المال وهو مائة وخمسون ، فيكون خمسين ( ويعطي كل واحد ) من الموصى لهما ( مما له في الإجازة مثل تلك النسبة ) يخرج له ما تقدم .

( وإن وصى له ) أي لزيد مثلاً ( بثلث ماله ، و ) وصى ( لآخر بمائة ، و ) وصى (لثالث بتمام الثلث فلم يزد الثلث على المائة ) بأن المال ثلثمائة ( بطلت وصية صاحب التمام ) لأنه لم يوص له بشيء ، أشبه ما لو وصى له بداره ولا دار له ، ( وقسم الثلث بين الآخرين على قدر وصيتهما ) بالمخاصة ( لكل واحد ) منهما ( خمسون ) إن رد الورثة ولو كان الثلث خمسين كان كأنه أوصى بمائة وبخمسين ، فيقسم الثلث بينهما أثلاثاً ولو كان الثلث أربعين قسم بينهما أسباعاً للموصى له بالمائة خمسة أسباعه وللموصى له بالثلث سبعاه ، ( وإن زاد ) أي الثلث ( على المائة ) بأن كان المال أكثر من ثلثمائة صحت وصية صاحب التمام أيضاً ثم ينظر ، ( فـ ) إن ( أجاز الورثة ) لهم (نفذت الوصية على ما قال الموصي ) لأنه لا مانع من ذلك فلو كان الثلث مثلاً مائتين أخذهما الموصى له بالثلث، وأخذ كل واحد من الآخرين مائة ، ( وإن ردوا ) أي الورثة (فلكل واحد ) من الموصى لهم ( نصف وصيته ) سواء جاوز الثلث مائتين أو لا ، لأن وصية المائة وتمام الثلث مثل الثلث . وقد أوصى مع ذلك بالثلث فصار كأنه وصى بالثلثين فيرد ذلك إلى الثلث لرد الورثة إلى ما زاد عليه ، فيدخل النقص بالنصف على

كل واحد من الأوصياء بقدر وصيته ، فترد كل وصية إلى نصفها ، ( وإن ترك ستمائة ووصى لأجنبي بمائة ولآخر بتمام الثلث فلكل واحد منهما مائة ، وإن رد الأول وصيته فلآخر مائة ) كما لو لم يرد .

( وإن وصى للأول بمائتين وللآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني ) لأنه لا يبقى بعد المائتين من الثلث شيء ، فلم يوص له بشيء ، سواء رد الأول وصيته ، أو قبلها ، وإذا أوصى لشخص بعبد ولآخر بتمام الثلث عليه أي العبد ، ( فمات العبد قبل الموصي قومت التركة بدونه ) أي العبد اعتباراً بحال موت الموصي ، ( ثم ألقيت قيمته من ثلثها ) أي التركة لأن الموصي جعل له تتمة الثلث بعد العبد ، ( فما بقي ) من الثلث ، ( فهو لـ ) صاحب ( وصية التمام ) وإن لم يبق شيء فلا شيء له ولو وصى لشخص بثلث ماله ، ويعطي زيد منه كل شهر مائة حتى يموت صح ، فإن مات وبقي شيء فهو للأول، نص عليه ، ذكره في المبدع .



# باب الوصية بالأنصباء والأجزاء

الأنصباء جمع نصب كالأنصبة ، وهو الحظ من الشيء ، وأنصبه جعل له نصيباً وهم يتناصبونه ، أي يقتسمونه ، والأجزاء جمع جزء وهو الطائفة من الشيء ، والجزء بالفتح لغة وجزأت الشيء جزءاً وجزأته تجزئة جعلته أجزاء . وقال ابن سيده : جزأ المال بينهم -مشدد لا غير- قسمه وعبر عن هذا الباب في المحرر بباب حساب الوصايا . وفي الفروع باب عمل الوصايا . والغرض منه العلم بنسبة ما يحصل لكل واحد من الموصي لهم إلى أنصباء الورثة إذا كانت الوصية منسوبة إلى جملة التركة، أو إلى نصيب أحد الورثة ، ولذلك طرق نبين ما تيسر منها ، وتنقسم مسائل هذا الباب ثلاثة أقسام : قسم في الوصية بالأنصباء ، وقسم في الوصية بالأجزاء ، وقسم في الجمع بين النوعين ، وتأتي مرتبة ، فالقسم الأول هو المشار إليه بقوله :

( إذا أوصى له ) أي لزيد مثلاً ( بمثل نصيب وارث معين ) بالتسمية، أو الإشارة ونحوها كقوله : أوصيت لفلان بمثل نصيب ابني فلان، أو ابني هذا، أو أختي ونحوه ، (أو) وصى له ( بنصيبه ) أي الوارث المعين ، ( فله ) أي الموصى له ( مثل نصيبه ) أي الوارث المعين ( مضموماً إلى المسألة ) أي مسألة الورثة لو لم تكن وصية وعلم منه صحة الوصية لما روى ابن أبي شيبة عن أنس : « أَنَّهُ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَلَدِهِ » ولأن المراد تقدير الوصية ، فلا أثر لذكر الوارث ، وفيما إذا أوصى بنصيب ابنه ونحوه ، المعنى بمثل نصيبه صوناً للفظ عن الإلغاء ، فإنه ممكن الحمل على المجاز بحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، ومثله في الاستعمال كثير وأيضاً فيبعد حصول نصيب الابن للغير فيتعين الحمل على إضمار لفظة المثل . .

( فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه، أو بنصيب ابنه ) بإسقاط لفظة مثل ، ( وله ابنان ) وارثان ( فله ) أي الموصى له ( الثلث ) لأن ذلك مثل ما يحصل لابنه لأن الثلث إذا خرج بقي ثلثا المال لكل ابن ثلث ، ( وإن كانوا ) أي البنون ( ثلاثة ، فله ) أي الموصى له ( الربع ) لما تقدم ، ( فإن كان معهم ) أي البنين الثلاثة ( بنت فله تسعان ) لأن المسئلة من سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم ، ويزاد عليها مثل نصيب ابن فتصير تسعة والاثنان منها تسعان .

( و ) إن وصى له ( بمثل نصيب ولده وله ابن وبنت فله مثل نصيب البنت ) لأنه

المتيقن ، ( و ) إن أوصى لزيد مثلاً ( بضعف نصيب ابنه فله مثله مرتين ) لقوله تعالى: ﴿ لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات ﴾ [1] ، وقوله : ﴿ فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا ﴾ [2] ، وقوله : ﴿ وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون﴾[3] ، ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة . قال الأزهري : الضعف المثل فما فوقه ، فأما قوله : إن الضعفين المثلان ، فقد روى ابن الأنباري عن هشام بن معاوية النحوي ، قال العرب : تتكلم بالضعف مثنى ، فتقول : إن أعطيتني درهماً فلك ضعفاه ، أي مثلاه وإفراده لا بأس به إلا أن التثنية أحسن .

( و ) إن أوصى ( بضعفيه ) أي ضعف نصيب ابنه ، فللموصي له ( ثلاثة أمثاله ، و) إن وصى له بـ ( ثلاثة أضعافه ) فله ( أربعة أمثاله وهلم جرا ) أي كلما زاد ضعفاً زاد مثلاً ، لأن التضعيف ضم الشيء إلى مثله مرة بعد أخرى . قال أبو عبيدة معمر بن المثني : ضعف الشيء هو ومثله ، وضعفاه هو ومثلاه، وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ولولا أن ضعفي الشيء ثلاثة أمثاله لم يكن فرق بين الوصية بضعف الشيء وبضعفيه والفرق بينهما مراد ومقصود ، وإرادة المثلين من قوله تعالى : ﴿ يضاعف لها العذاب ضعفين﴾[4] إنما فهم من لفظ « يضاعف » لأن التضعيف ضم الشيء إلى مثله ، فكل من المثلين المنضمين ضعف كما قيل لكل واحد من الزوجين زوج ، والزوج هو الواحد المضموم إلى مثله .

( وإن وصى بمثل نصيب ابنه وهو لا يرث لرقه، أو لكونه مخالفاً لدينه ) أي للوارث (أو ) وصي له ( بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للموصى له ) لأنه لا نصيب للابن، أو الأخ المذكورين ، فمثل أحدهما لا شيء له ، ( وإن وصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه ) أي بعينه بأن قال : أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ورثتي فله مثل ما لأقلهم ، لأنه المتيقن وما زاد مشكوك فيه ، ( أو ) وصى له ( بمثل نصيب أقلهم ميراثاً كان له مثل ما لأقلهم ميراثاً ) عملاً بوصيته ، ( فلو كانوا ) أي الورثة ( ابناً وأربع زوجات صحت ) مسئلتهم ( من اثنين وثلاثين ) لأن أصلها ثمانية للزوجات سهم عليهن لا ينقسم ولا يوافق فاضرب عددهن في ثمانية تبلغ ذلك ( لكل امرأة سهم ) والباقي للابن ( وللموصى له سهم ) كنصيب إحدى الزوجات ( يزاد عليها ) أي المسئلة ( فتصير

---

(1) سورة الإسراء ، الآية : ٧٥ .
(2) سورة سبأ ، الآية : ٣٧ .
(3) سورة الروم ، الآية : ٣٩ .
(4) سورة الأحزاب ، الآية : ٣٠ .

من ثلاثة وثلاثين ) للموصي له سهم ، ولكل امرأة سهم، وللابن ما بقي، ( وإن قال): أوصيت لزيد ( بمثل نصيب أكثرهم ميراثاً فله ذلك ) أي مثل نصيب أكثرهم إن خرج من الثلث، أو أجيز ( مضافاً إلى المسئلة فيكون له في هذه المسئلة ثمانية وعشرون ) مثل نصيب الأبن لأنه أكثرهم ( تضم إلى المسئلة ) اثنين وثلاثين ، ( فتكون ) الجملة ( ستين سهماً ) مع الإجازة ومع الرد له الثلث والثلثان للورثة ، ( وإن وصى ) لزيد مثلاً ( بمثل نصيب وارث لو كان ) موجوداً ، ( فله ) أي الموصى له بذلك مع عدم الوارث المقدر وجوده ( مثل ما له لو كانت الوصية وهو موجود ) بأن ينظر ما يكون للموصى له مع وجود الوارث فيكون له مع عدمه . وطريق ذلك أن تصحح مسئلة عدم الوارث ، ثم تصحح مسئلة وجود الوارث، ثم تضرب إحداهما في الأخرى، ثم تقسم المرتفع من الضرب على مسئلة وجود الوارث ، فما خرج بالقسمة أضفه إلى ما ارتفع من الضرب فيكون للموصى له ، واقسم المرتفع بين الورثة .

( فإن خلف ابنين ووصى بمثل نصيب ) ابن ( ثالث لو كان فللموصى له الربع ) وتصح من ثمانية ، لأن مسئلة وجود الوارث من ثلاثة ومسئلة عدمه من اثنين والحاصل بالضرب ستة ، فإذا قسمتها على ثلاثة خرج اثنان فأضفها للستة تبلغ ثمانية ، فللموصى له سهمان ولكل ابن ثلاثة .

( وإن خلف ثلاثة بنين ) ووصى بمثل نصيب رابع لو كان ، ( فله ) أي الموصي له (الخمس ) وتصح من خمسة عشرة للموصى له ثلاثة ، ولكل ابن أربعة ، ( وإن كانوا ) أي البنون ( أربعة ) ووصى بمثل نصيب خامس لو كان ، ( فـ ) للموصى ( له السدس ) وتصح من أربعة وعشرين للموصى له أربعة ، ولكل ابن خمسة ، ( ولو كانوا ) أي الأبناء ( أربعة وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصيب ابن خامس لو كان قد أوصى له بالخمس لا السدس بعد الوصية فيكون له سهم يزاد على ثلاثين سهماً ) لأنه استثنى السدس من الخمس فاضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر يكن ثلاثين خمسها ستة وسدسها خمسة ، فإذا طرحت الخمسة من الستة بقي سهم للموصى له فزده على الثلاثين ثم أعط الموصى له سهماً يبقى ثلاثون على البنين الأربعة لا تنقسم وتوافق بالنصف فزد الأربعة إلى اثنين واضربهما في الأحد والثلاثين ، ( فتصح من اثنين وستين سهماً له ) أي الموصي له ( منها سهمان ولكل ابن خمسة عشر ) سهماً ، ( وإن قال ) من له أربعة أبناء : أوصيت لزيد ( بمثل نصيب ) ابن ( خامس لو كان إلا مثل نصيب ) ابن (سادس لو كان ، فقد أوصى له بالسدس لا السبع وهو سهم من اثنين وأربعين سهماً ) وطريقته أن تضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين

سدسها سبعة أسقط منه السبع ستة يبقى سهم للوصية ، ( فيزاد ) ذلك ( السهم على الاثنين وأربعين ) سهماً يجتمع ثلاثة وأربعون للموصى له سهم، والباقي للبنين الأربعة لا ينقسم، ويوافق بالنصف فرد الأربعة إلى نصفها اثنين واضربهما في ثلاثة وأربعين ، فـ (تصح من ستة وثمانين للموصى له سهمان ولكل ابن أحد وعشرون ) سهماً ، ( وإن خلفت ) المرأة ( زوجاً وأختاً ) شقيقة أو لأب ( وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت فللموصى له الخمس ، لأن للام الربع لو كانت ) وتعود المسئلة إلى ثمانين للأم سهمان وللزوج ثلاثة وللأخت ثلاثة فزد عليها سهمين مثل ما للأم للموصى له تكن عشرة للموصى له سهمان يبقى ثمانية للزوج أربعة وللأخت أربعة ثم ترد نصيب كل واحد منهم إلى نصفه للموافقة ، ( فيجعل ) للموصى ( له سهم مضافاً إلى أربعة ) الورثة وللزوج سهمان وللأخت سهمان ( يكون ) ما للموصى له ( خمساً ) لما علمت .

( وإن خلف ) الموصى ( بنتاً فقط ووصى بمثل نصيبها ، فللموصى له النصف ) مع الإجازة لأنها تستوعب المال بالفرض والرد ، فهو ( كما لو وصى بمثل نصيب ابن ليس له ) وارث ( غيره ) ، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله : أن يكون للموصى له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال ، وإن خلف أختين ووصى بمثل نصيب إحداهما فهي من ثلاثة عندنا ، ( وإن خلف ثلاثة بنين ووصى لثلاثة بمثل أنصبائهم ، فالمال بينهم على ستة إن جازوا ) للبنين ثلاثة وللموصى لهم ثلاثة ، ( و ) المال بينهم ( من تسعة إن ردوا للموصى لهم الثلث ، لكل واحد سهم وللبنين ستة لكل واحد منهم سهمان ) .



## فصــل

في الوصية بالأجزاء، وإن وصى له أي لزيد مثلاً (بجزء، أو حظ، أو قسط، أو نصيب أو شيء أعطاه الوارث ما شاء ) قال في المغني : ولا أعلم فيه خلافاً لأن كل شيء جزء ونصيب وحظ شيء ، وكذلك إن قال : اعطوا فلاناً من مالي أو ارزقوه لأن ذلك لا حد له في اللغة ولا في الشرع ( مما يتمول ) لأن القصد بالوصية بر الموصي له ، وإنما وكل قدر الموصى به وتعينه إلى الورثة ، وما لا يتمول شرعاً لا يحصل به المقصود .

( وإن وصى له بسهم من ماله فله سدس بمنزلة سدس مفروض ، فإن لم تكمل فروض المسئلة ) كزوجة وعم ، أعطى الموصى له بالسهم سدساً ، ( أو كانوا ) أي الورثة (عصبة) كبنين، وإخوة، وأعمام (أعطى) الموصى له (سدساً كاملاً) والورثة ما بقي، (وإن كملت فروضها أعيلت به كزوج وأخت لأبوين أو لأب ) مع وصية بسهم من

ماله، فتعول إلى سبعة ، ( وأعطى ) الموصى له ( السبع ) واحداً من سبعة ، والزوج ثلاثة ولأخت ثلاثة من السبعة ، ( وإن كانت عائلة كأن كان معهما جدة زاد عولها به ) أي بالسهم الموصى به ، ( فيعطى ) الموصى له به ( الثمن ) والجدة سهماً ، وكل من الزوج والأخت ثلاثة ثلاثة . قال أحمد في رواية ابن منصور : فكان معنى الوصية : أوصيت لك بسهم من يرث السدس . انتهى ، لما روى ابن مسعود : « أنَّ رَجُلاً أَوْصَى لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، فَأَعْطَاهُ النَّبِيُّ ﷺ السُّدسَ » ، ولأن السهم في كلام العرب السدس ، قاله إياس بن معاوية فتنصرف الوصية إليه ، ولأنه قول عليّ وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة ، ولأن السدس أقل سهم مفروض لذي قرابة فتنصرف الوصية إليه .

( وإن وصى له ) أي لزيد مثلاً ( بجزء معلوم ، كثلث أو ربع أخذته من مخرجه ) ليكون صحيحاً ، ( فدفعته إليه ) أي إلى الموصى له به ، ( وقسمت الباقي على مسئلة الورثة ) لأنه لهم ، فمن أوصى بثلثه وله ابنان فالمسئلة من ثلاثة ، وإن كانوا ثلاثة فهي من تسعة ، للموصى له الثلث ثلاثة ولكل ابن سهمان ( إلا أن يزيد ) الجزء المعلوم الموصى به ( على الثلث ، ولا يجيزوا ) أي الورثة ( له ) أي للموصى له ، ( فتفرض له الثلث وتقسم الثلثين عليها ) أي على مسئلة الورثة ، كما لو وصى له بالثلث ، فلو وصى له بالنصف وله ابنان ، فردا ، فللموصى له الثلث والباقي للابنين ، وتصح من ثلاثة .

( فإن لم ينقسم ) الباقي بعد الثلث على مسئلة الورثة ( ضربت المسئلة ) أي مسئلة الورثة إن باينها الباقي ، ( أو ) ضربت ( وقفها ) إن وافقها الباقي ( في مخرج الوصية فما بلغ فمنه تصح ) مثال المباينة : ما لو وصى بنصف وله ثلاث بنين ، فردوا مخرج الوصية من ثلاثة ، للموصى له سهم منها يبقى اثنان تباين عدد البنين ، فاضرب ثلاثة في ثلاثة تصح من تسعة . ومثال الموافقة : لو كان البنون أربعة فقد بقي له سهمان توافق عددهم بالنصف فردهم لاثنين واضربهما في ثلاثة ، تصح من ستة للموصى له سهمان ولكل ابن سهم .

( وإن ) وصى ( بجزأين أو أكثر ) كثمن، وتسع، وعشر ( أخذتها ) أي الكسور (من مخرجها ) الجامع لها ، ( وقسمت الباقي على المسئلة ) أي مسألة الورثة ، فإن لم تنقسم فعلى ما قدم ، ( فإن زادت ) الأجزاء الموصى بها ( على الثلث وردوا ) أي الورثة (جعلت السهام الحاصلة للأوصياء ثلث المال ) قسم عليهم بلا كسر ( وقسمت الثلثين على

الورثة ) إن انقسم وإلا فعلى ما تقدم ، سواء كان في الموصى لهم من جاوزت وصيته الثلث أو لا، وتقدمت الإشارة إليه ، ( فلو وصى لرجل بثلث ماله ، و ) وصى ( لآخر بربعه ، وخلف ابنين أخذت الثلث والربع من مخرجهما سبعة من اثني عشر ) لأن مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربع وثلاثة وأربعة متباينان ومسطحهما اثنا عشر ، فهي المخرج وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فمجموع البسطين سبعة للوصيين ( يبقى خمسة للابنين إن أجازا) للوصيين لا تنقسم عليهم وتباين عددهما فاضرب اثنين في اثني عشر، فـ ( تصح من أربعة وعشرين ) ثم اقسم ، فللموصى له بالثلث ثمانية وبالربع ستة وللابنين عشرة لكل ابن خمسة ، ( وإن ردا ) أي الابنان الوصيتين ( جعلت السبعة ثلث المال ) وقسمتها بين الوصيين على قدر وصيتهما ، ( فتكون ) المسئلة ( من أحد وعشرين، للوصيين الثلث سبعة لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولكل واحد من الابنين سبعة، وإن أجازا ) أي الابنان ( لأحدهما ) أي الوصيين ( دون الآخر، أو أجاز أحدهما لهما دون ) الابن ( الآخر أو أجاز كل واحد من الابنين لواحد ) من الوصيين فاعلم مسئلة الإجازة ومسئلة الرد ، وانظر بينهما بالنسب الأربع ، فإن تباينتا فاضرب إحداهما في الأخرى وإن توافقتا كما في المثال فإن مسئلة الإجازة فيه من أربعة وعشرين ومسئلة الرد من أحد وعشرين ، وهما متوافقتان بالثلث ، ( فاضرب وفق مسئلة الإجازة وهو ثمانية في مسئلة الرد وهي أحد وعشرون تكن مائة وثمانية وستين ) ثم اقسمها بينهم (للذي أجيز له ) منهما ( سهمه من مسئلة الإجازة مضروبة في وفق مسئلة الرد وللمردود عليه ) منهما ( سهمه من مسئلة الرد مضروب في وفق مسئلة الإجازة والباقي للورثة ) فإن كانت الإجازة لصاحب الثلث وحده فسهمه من مسئلة الإجازة ثمانية تضرب في وفق الرد وهو سبعة يحصل ستة وخمسون ، ولصاحب الربع نصيبه من مسئلة الرد ثلاثة مضروب في وفق مسئلة الإجازة يبلغ أربعة وعشرين ، فصار مجموع ما للوصيين في هذه الصورة ثمانين سهماً والباقي وهو ثمانية وثمانون بين الابنين لكل ابن أربعة وأربعون سهماً ، وإن كانت الإجازة منهما لصاحب الربع وحده ، فله من مسئلة الإجازة ستة تضرب في وفق مسئلة الرد سبعة يحصل اثنان وأربعون ، ولصاحب الثلث من مسئلة الرد أربعة تضرب في ثمانية وفق مسئلة الإجازة اثنان وثلاثون ، يصير مجموع ما للوصيين إذن أربعة وسبعين والباقي وهو أربعة وتسعون للابنين لكل ابن سبعة وأربعون ، هذا إن أجاز لأحدهما ورد الآخر ، ( و ) إن أجاز أحد الابنين لهما وردهما الآخر ، فللابن ( الذي كان أجاز لهما سهمه من مسئلة الإجازة ) خمسة مضروباً ( في وفق مسئلة الرد ) سبعة

بخمسة وثلاثين ، ( وللآخر ) أي ابن الراد ( سهمه من مسئلة الرد ) سبعة ( في ) وفق (مسئلة الإجازة ) ثمانية بستة وخمسين ، فيكون مجموع ما للوالدين أحداً وتسعين ، (والباقي ) سبعة وسبعون ( بين الوصيين على سبعة ) لصاحب الثلث أربعة وأربعون ، ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون ، وعلم مما تقدم أن الابنين إذا أجازا لصاحب الثلث وحده كان له ستة وخمسون ، وإذا ردا عليه كان له اثنان وثلاثون ، فقد نقصه ردهما أربعة وعشرين فينقصه رد أحدهما اثني عشر ، وإن أجازا لصاحب الربع وحده كان له اثنان وأربعون ، وإن ردا عليه كان له أربعة وعشرون فقد نقصه ردهما ثمانية عشر ، فينقصه رد أحدهما تسعة ، وأما الابنان فالذي أجاز لصاحب الثلث إن أجاز لهما معاً كان له خمسة وثلاثون ، وإن رد عليهما كان له ستة وخمسون ، فنقصته الإجازة لهما أحداً وعشرين ، لصاحب الثلث منها اثنا عشر ، يبقى للابن الذي أجاز لصاحب الثلث أربعة وأربعون والذي أجاز لصاحب الربع إذا أجاز لهما معاً كان له خمسة وثلاثون ، وإذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فنقصته الإجازة لهما أحداً وعشرين منها تسعة لصاحب الربع يبقى للابن الذي أجاز لصاحب الربع سبعة وأربعون .



## فصل

وإن زادت الوصايا على المال عملت فيها عملك في مسائل العول ، بأن تجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة إذا زادت على المال .

( فإذا وصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من اثني عشر ) لأنه مخرجها ، (وعالت إلى خمسة عشر ، فيقسم المال كذلك ) أي على خمسة عشر ( إن أجيز لهم ، أو ) قسم ( الثلث ) كذلك ( إن رد عليهم ) فتصح مسئلة الرد من خمسة وأربعين ، وأصله ما روى سعيد بن منصور ، حدثنا أبو معاوية ، حدثنا أبو عاصم الثقفي قال : قال لي إبراهيم النخعي : « مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ أَوْصَى بِنصْفِ مَالِه وَثُلُثِ مَالِه وَرُبعِ مَالِه ؟ قَالَ : قُلْتُ : لا يَجُوزُ ، قَالَ : قَدْ أَجَازُوهُ ، قُلْتُ : لا أَدْرِي ، قَالَ : امْسِكْ اثْنَيْ عَشَرَ فَاخْرُجْ نِصْفَهَا سِتّةَ وَثُلثَهَا أَرْبعَة وَرُبُعَهَا ثَلاثَةَ وَاقْسِمْ المَالَ عَلَى ثَلاثَةَ عَشَرَ » .

( وإن أوصى لرجل ) أو امرأة ( بجميع ماله ، و ) وصى ( لآخر بنصفه وله ابنان فالمال بين الوصيين على ثلاثة إن أجيز لهما والثلث ) بين الوصيين ( على ثلاثة مع الرد) لأنك تبسط المال من جنس الكسر يكون نصفين ، فإذا ضممت إليهما النصف الآخر صارت ثلاثة ، وصار النصف ثلثاً ، كزوج وأم وثلاث أخوات مفترقات ، ( فإن أجيز

لصاحب المال وحده فلصاحب النصف التسع ) لأن الثلث بينهما على ثلاثة لصاحب النصف ثلثه وهو التسع ، ( والباقي ) وهو ثمانية أتساع ( لصاحب المال ) لأنه موصى له بالمال كله ، وإنما منع من ذلك في حال الإجازة لمزاحمة صاحبه له ، فإذا زالت المزاحمة في الباقي كان له ، ( وإن أجازا ) أي الابنان ( لصاحب النصف وحده فله النصف ) لأنه موصى له به ، وإنما منع منه في حال الإجازة للمزاحمة ، ( ولصاحب المال تسعان ) لأنهما ثلثا الثلث ، ( وإن أجازا أحدهما ) أى الابنين ( لهما ، فسهمه بينهما على ثلاثة) وحينئذ فلا شيء للمجيز ، وللابن الآخر الثلث والثلثان بين الوصيين على ثلاثة ، فتصح من تسعة للموصى لها ثلاثة من الأصل ، يبقى ستة ، لكل ابن ثلاثة ، ثم تقسم نصيب المجيز لهما . فيصير لهما ستة مقسومة بينهما أثلاثاً ، لصاحب المال أربعة ولصاحب النصف سهمان ، ويبقى للراد ثلاثة أسهم يختص بها .

( وإن أجاز ) أحد الابنين ( لصاحب المال وحده دفع ) المجيز ( إليه كل ما في يده ) فيصير معه خمسة أتساع ولصاحب النصف تسع وللراد ثلاثة ، ( وإن أجاز ) أحد الابنين ( لصاحب النصف وحده ، دفع إليه نصف ما في يده ونصف سدسه ) وهو ثلث ما بيده وربعه ، وتصح من ستة وثلاثين ، للذي لم يجز اثنا عشر ، وللمجيز خمسة ، ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب المال ثمانية ، وذلك لأن سبيل الرد من تسعة، لصاحب النصف منها سهم ، فلو أجاز له الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف ، فإذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك سهم ونصف وربع ، فتضرب مخرج الربع في تسعة تكن ستة وثلاثين .



## ( فصل في الجمع بين الوصية بالأجزاء والأنصباء )

( إذا خلف ابنين ووصى لزيد بثلث ماله ولعمرو بمثل نصيب أحد ابنيه فلكل منهما الثلث مع الإجازة ) أما زيد فظاهر ، وأما عمرو فلما تقدم أنه يفرض له مثل نصيب ابن ويضم إليهما أشبه ما لو يكن معه وصي آخر ، ( و ) لكل منهما ( السدس مع الرد ) لأنه موصى لهما بثلثي ماله ، وقد رجعت وصيتهما بالرد إلى نصفها ، وتصح من ستة، ( والابنان بالعكس ) فلكل منهما السدس مع الإجازة والثلث مع الرد ، ( وإن كان الجزء الموصى به لزيد النصف وأجازا ) أي الابنان للوصيين ، ( فهو ) أي النصف ( له ) أي لزيد ( ولعمرو الثلث ويبقى سدس بين الابنين وتصح من اثني عشر ) لزيد ستة ولعمرو أربعة ، ولكل ابن سهم ، ( وإن ردوا فـ ) تصح ( من خمسة عشر ) لأن الثلث قسم

بينهما على خمسة فتضربها في ثلاثة بخمسة عشر ( لزيد ثلاثة ، ولعمرو اثنان ) ولكل ابن خمسة .

( وإن كان الموصى به لزيد الثلثين ) ولعمرو بمثل نصيب ابن ( صحت مع الإجازة من ثلاثة ) مخرج الثلثين والثلث للتماثل ( لزيد سهمان ولعمرو سهم ومع الرد يقسم الثلث بينها على ثلاثة ، وتصح من تسعة ) لزيد تسعان ولعمرو تسع ولكل ابن ثلاثة ، ( وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحدهما ) أي الابنين ، ( و ) وصى ( لآخر بثلث باقي المال فلصاحب النصيب ثلث المال ) كما لو لم يكن معه وصي آخر ، ( وللآخر ثلث الباقي ) وهو ( تُسعان مع الإجازة ) فتصح من تسعة ، لصاحب النصيب ثلاثة وللآخر تسعان ، ولكل ابن تُسعان ، ( ومع الرد الثلث ) بين الوصيين ( على خمسة والباقي للورثة ) وتصح من خمسة عشر ، لصاحب النصيب ثلاثة وللآخر سهمان ولكل ابن خمسة ، (وإن كانت وصية الثاني بثلث ما يبقى من النصف ، فـ ) إنها تصح ( من ثمانية عشر ) لأن مخرج الثلث والنصف ستة وثلثها اثنان فإذا طرحته من نصفها ثلاثة بقي واحد ، ولا ثلث له صحيح ، فتضرب الستة في مخرج الثلث يبلغ ثمانية عشر ( لصاحب النصف الثلث ستة وللآخر ثلث ما بقي من النصف ) والباقي منه ثلاثة وثلثها ( سهم ، يبقى أحد عشر للابنين ) لا تنقسم عليهما ، فتضرب اثنين في ثمانية عشر .

( وتصح ) المسئلة ( من ستة وثلاثين لصاحب النصيب اثنا عشر وللآخر سهمان ، ولكل ابن أحد عشر ) إن أجاز لهما ومع الرد الثلث ) بين الوصيين ( على سبع وتصح من أحد وعشرين للأول ستة ) أسهم ، ( وللآخر سهم ولكل ابن سبعة ) أسهم ، (وإن خلف أربعة بنين ، و) كان قد ( وصى لزيد بثلث ماله إلا مثل نصيب أحدهم فأعط زيداً وابنا الثلث ، و ) أعط ( الثلاثة ) البنين ( الثلثين ) فتصح من تسعة ( لكل ابن تسعان ولزيد تسع ) لأن مخرج الوصية ثلاثة مضروب في ثلاثة تكن تسعة لزيد ثلثها والباقي ستة على ثلاثة بنين لكل ابن تسعان، والمستثنى من الثلث مثل نصيب أحد بنيه الأربعة وهو اثنان ، وإذا أسقطهما من ثلاثة بقي سهم لزيد وهو التسع ، ولأنه جعل لزيد الثلث واستثنى منه نصيب ابن فتعين أن يأخذ أحد البنين نصيبه من الثلث، وبقية البنين يختصون الثلثين بينهم سوية ، فما حصل لواحد منهم من الثلثين أخذ من الثلث نظيره ، ويبقي باقي الثلث لزيد ، ( ولو وصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ) أي البنين الأربعة ( إلا سدس جميع المال ، و ) وصى ( لعمرو بثلث باقي بعد النصيب صحت ) المسئلة ( من أربعة وثمانين ) لأنك تضرب مخرج الثلث في عدد البنين تبلغ اثني عشر لكل ابن ثلاثة ، ويزاد لزيد مثل نصيب ابن ثلاثة ، استثنى من هذه الثلاثة اثنين لأنهما

سدس جميع المال وهو الاثنا عشر وزدهما عليها تبق أربعة عشر أضربها في مخرج السدس ليخرج الكسر صحيحاً تبلغ أربعة وثمانين (لكل ابن تسعة عشر) وهي النصيب، ( ولزيد خمسة ) لأنها الباقي من النصيب بعد سدس جمع المال وهو أربعة عشر ، (ولعمرو ثلاثة ) لأنها ثلث باقي الثلث بعد النصيب لأن ثلثها ثمانية وعشرون ، والنصيب تسعة عشر، فباقي الثلث تسعة وثلثها ثلاثة، ( وإن خلف أما، وبنتاً، وأختاً) لأبوين أو لأب ، ( وأوصى ) لواحد ( بمثل نصيب الأم وسبع ما بقي ، و ) وصى (لآخر بمثل نصيب الأخت وربع ما بقي ، و ) وصى ( لآخر بمثل نصيب البنت وثلث ما بقي ، فمسئلة الورثة من ستة ) لأن فيها نصفاً وسدساً وما بقي البنت ثلاثة ، وللأم سهم وللأخت سهمان ( تعطى الموصى له بمثل نصيب البنت ثلاثة وثلث ما بقي من الستة سهم ) فيجتمع له أربعة ، ( وللموصى له بمثل نصيب الأخت سهمان وربع ما بقي) من الستة ( سهم ) فيجتمع له ثلاثة ، (وللموصى له بمثل نصيب الأم سهم وسبع ما بقي ) من الستة ( خمسة أسباع سهم فيكون مجموع الموصي به لهم ثمانية أسهم وخمسة أسباع سهم يضاف ) ذلك ( إلى مسئلة الورثة وهي ستة يكن ) الحاصل ( أربعة عشر سهماً وخمسة أسباع ) سهم (تضرب في سبعة ليخرج الكسر صحيحاً يكن مائة وثلاثة ، فمن له شيء من أربعة عشر سهماً وخمسة أسباع مضروب في سبعة فللبنت أحد وعشرون ) سهماً حاصلة من ضرب ثلاثة في سبعة ، ( وللأخت أربعة عشر ) حاصلة من ضرب اثنين في سبعة ، ( وللأم سبعة ) حاصلة من ضرب واحد في سبعة ، ( وللموصي له بمثل نصيب الأخت وربع ما بقي أحد وعشرون ) حاصلة من ضرب ثلاثة في سبعة ، ( وللموصي له بمثل نصيب الأم وسبع ما بقي اثنا عشر ) حاصلة من ضرب واحد وخمسة أسباع في سبعة ، هذا كله مع الإجازة ، ومع الرد تجمع سهام الأوصياء وتقسم الثلث عليها ، وإن عملت على الإجازة بطريق المنكوس كما في المقنع فقل الستة التي هي مسئلة الورثة بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل نصفه ثلاثة تكن تسع ثم زد عليه مثل نصيب البنت وهو ثلاثة تكن اثنى عشر وهي بقية مال ذهب ربعه ، فزد عليه ثلثه وهو أربع ومثل نصيب الأخت أيضاً يكن ثمانية عشر وهي بقية مال ذهب تسعة فزد عليه سدسه ، ومثل نصيب الأم أيضاً يكن اثنين وعشرين فتدفع إلى الموصي له بمثل نصيب الأم سهماً وسبع ما بقي ثلاثة تبقى ثمانية عشر تدفع إلى الموصي له بمثل نصيب الأخت سهمين وربع الباقي أربعة ، فيحصل له ستة ، ويبقى اثنا عشر تدفع إلى الموصي له بمثل نصيب البنت ثلاثة ، يبقى تسعة تدفع إليه ثلثها يصير له ستة يبقى ستة للورثة ، لكن

الطريق الذي ذكره المصنف أصح وطريق المنكوس على الوجه المذكور محلها إذا رتبها كما ذكره ، لأنه لو أعطى الموصي له بمثل نصيب الأخت أو الأم أولاً ، لاختلف مقدار ما لهم كما أشار إليه في التنقيح ، (وهكذا تفعل بكل ما ورد عليك من هذا الباب ) لأنها طريقة صحيحة موافقة للصواب والقواعد .

( وإذا خلف ثلاثة بنين وأوصي بمثل نصيب أحدهم إلا ربع المال فخذ مخرج الكسر ) المستثنى وهو الربع ( أربع وزد عليه ) أي الأربع ( ربعه يكن ) المجتمع ( خمسة فهو نصيب كل ابن ) من الثلاثة ، ( وزد على عدد البنين واحداً ) يكن أربعة ، ( واضربه في مخرج الكسر ) المستثني وهو أربعة ( يكن ) الحاصل ( ستة عشر ، اعط الموصي له ) من ذلك ( نصيباً وهو خمسة ، واستثن منه ربع المال أربعة يبقى له سهم ولكل ابن خمسة ، وإن شئت خصصت كل ابن بربع ) المال لأنه مستثنى من النصيب فيعطى كل ابن أربعة من الستة عشر ، ( وقسمت الربع الباقي ) وهو أربعة ( بينهم ) أي البنين ( وبينه ) أي الموصي له ( على أربعة ) لكل ابن سهم فيجتمع لكل ابن خمسة وللموصي له سهم وعلى هذا فتعلم انتفاء ورود السؤال وهو أن المثل مع الثلاثة ربع ، فكيف يستثنى منه الربع وهو مستغرق ؟ لأن الوصية ليست له بالربع ، بل بمثل نصيب الابن ونصيبه هو ما يستقر له وهو أزيد من ربع المال واستثن من هذا النصيب المستقر ربع المال كما عملت . لكن يرد عليه وعلى نظائره مما سبق أن استثناء الأكثر لا يصح على المذهب . وأجاب عنه أبو الخطاب : بأنه ليس من باب الاستثناء وإنما كأنه وصي له بشيء ثم رجع عن بعضه. وأجاب بعضهم أيضاً بأن استثناء الأكثر إنما يمتنع في العدد خاصة ، وقد أوضحت ذلك في حاشية المنتهى .

( وإن قال ) الموصي : أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد بني الثلاثة ( إلا ربع الباقي بعد النصيب فزد على سهام البنين سهماً وربعاً ) ليكون الباقي بعد النصيب من المبلغ الحاصل بعد الضرب ربعاً صحيحاً ، ( واضربه ) أي الحاصل من عدد البنين والمزاد عليه وهو أربعة وربع ( في أربعة ) مخرج الكسر المستثنى ( يكن ) حاصل الضرب ( سبعة عشر للموصي له سهمان ) لأن النصيب خمسة ، فإذا أسقطها من سبعة عشر بقي اثنا عشر ، فإذا سقط منها ربعها وهو ثلاثة بقي من النصيب سهمان للوصية ، ( ولكل ابن خمس ، و ) إن أردت عملها ( بـ ) طريق ( الجبر تأخذ مالاً وتدفع منه نصيباً إلى الوصي واستثن منه ) أي النصيب ( ربع الباقي وهو ربع مال إلا ربع نصيب صار معك مال وربع إلا نصيباً وربعاً يعدل ) ذلك ( انصباء البنين وهو ثلاثة ، أجبر وقابل ) يحصل معك مال وربع يعدل أربعة أنصباء وربع نصيب ، فابسط الكل أرباعاً يبلغ خمسة

أموال تعدل سبعة عشر نصيباً ، فاقلب وحول بأن تجعل المال موضع النصيب والنصيب موضع المال ( يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر ، وإن قال ) أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد بني الثلاثة ( إلا ربع الباقي بعد الوصية فاجعل المخرج ثلاثة وزد عليه ) أي المخرج ( واحداً يكن ) الحاصل أربعة فهي النصيب وزد على سهام البنين ) الثلاثة (سهماً) ليكون النصيب أربعة ، ( و ) زد أيضاً ( ثلثاً ) لأجل الوصية ، ( واضربه ) أي المجتمع وهو أربع وثلث ( في ثلاثة ) التي هي المخرج ( تكن ثلاثة عشر سهماً له ) أي الموصي له ( سهم ولكل ابن أربعة ) وإن شئت قلت المال كله ثلاثة أنصباء ووصية ، والوصية هي نصيب إلا ربع المال الباقي بعدها ، وذلك ثلاثة أرباع نصيب فيبقى ربع نصيب ، وهي الوصية ، وتبين أن المال كله ثلاثة وربع ، فألق من واحد ربعها وهو ثلاثة أرباع يبقي ربع وهو الوصية ، زد على ثلاثة يبلغ ثلاثة وربعاً وهو المال ، فابسط الكل أرباعاً ليزول الكسر يبلغ ثلاثة عشر ، للوصية واحد ولكل ابن أربعة ، وفي أكثر ما تقدم من الصور طرق أخرى أعرضنا عنها خوف الإطالة ، واعتماداً على ما وضع في هذا الفن من الكتب المختصرة والمطولة . وقد أطال الأصحاب الكلام على هذه المسائل وزادوا عليها صوراً تناسبها ، لكن أضربنا عن ذلك لما شاهدنا من قصور الهمم ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .



# باب الموصي إليه

وهو المأمور بالتصرف بعد الموت ( الدخول في الوصية للقوي عليها قربة ) مندوبة لفعل الصحابة رضي الله ، فروى عن أبي عبيدة : « أَنَّهُ لَمَّا عَبَرَ الفُرَاتَ أَوْصَى إِلَى عُمَرَ» وأوصى إلى الزبير ستة من الصحابة منهم عثمان، وابن مسعود، وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم ، ولأنه معونة للمسلم فيدخل تحت قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ ﴾ [1] ، وقوله : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [2] ، وقوله ﷺ : « أَنَا وَكَافِلُ اليَتِيمِ فِي الجَنَّةِ كَهَاتَيْنِ ، وَقَالَ بِإِصْبَعِهِ السَّبَّابَةِ وَالتِي تَلِيهَا » [3] أخرجه البخاري .

( و ) قال في المغني قياس مذهب أحمد أن ( تركه ) أي ترك الدخول في الوصية (أولى ) لما فيه من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً . انتهى ( في هذه الأزمنة ) إذ الغالب فيها العطب، وقلة السلامة، لكن رد الحارثي ذلك وقال : لأن الوصية إما واجبة، أو مستحبة ، وأولوية ترك الدخول يؤدي إلى تعطيلها . قال : فالدخول قد يتعين فيما هو معرض للضياع إما لعدم قاض أو غيره لما فيه من درء المفسدة وجلب المصلحة .

( وتصح وصية المسلم إلى كل مسلم ) لأن الكافر لا يلي مسلماً ( مكلف ) فلا تصح إلى طفل، ولا مجنون، ولا أبله ، لأنهن لا يتأهلون إلى تصرف أو ولاية ( رشيد ) فلا تصح إلى سفيه لأنه لا يصح توكيله ( عدل ولو مستوراً ، أو أعمى ، أو امرأة ، أو أم ولد ، أو عدو الطفل الموصي عليه ) لأنهم أهل للائتمان ، ( و ) كذا لو كان ( عاجزاً ) لأنه أهل للائتمان ، ( ويضم إليه ) أي الضعيف ( قوي أمين معاون ولا تزال يده عن المال ، ولا) يزال ( نظره ) عنه ، لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة ، ( وهكذا إن كان) حال الوصاية ( قوياً فحدث فيه ) بعدها ( ضعف ) أو علة ضم إليه الحاكم يداً أخرى ، ( و ) يكون ( الأول هو الوصي دون الثاني ) فإنه معاون لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي . قال في الإرشاد : وللحاكم أن يجعل معه أميناً يحتاط على المال إذا كان متهماً أو عاجزاً ، ولا يخرجه من الوصية .

---

(1) سورة النحل ، الآية : ٩٠ . (2) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

(3) الحديث أخرجه من رواية سهل بن سعد رضي الله عنه البخاري في كتاب الطلاق ، باب اللعان. وأخرجه من رواية أبي هريرة رضي الله عند مسلم في الصحيح ، كتاب الزهد ، باب الإحسان إلى الأرملة ، الحديث (٩٢/٢٩٨٣) .

( وتصح ) الوصية ( إلى رقيقه ) أي الموصي ، ( و ) إلى ( رقيق غيره ) بأن يوصي رقيقه، أو رقيق زيد على أولاده ونحوه ، لأنه أهل للرعاية على المال ، لقوله ﷺ : «وَالْعَبْدُ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ» [1] والرعاية ولاية ، فوجب ثبوت الصحة، ولأنه أهل للعدالة والاستنابة في الحياة ، فتأهل للإسناد إليه . وأما أنه لا يلي على ابنه فلا أثر له بدليل المرأة ، وكون عبد الغير يتوقف تصرفه على إذن سيده ، لا أثر له أيضاً بدليل توقف التنفيذ للقدر المجاوز للثلث على إذن الوارث ، ( ولا يقبل ) عبد الغير الوصية أي لا يتصرف ( إلا بإذن سيده ) لأن المنافع له ، فلا بد من إذنه فيها ، (ويعتبر وجود هذه الصفات ) أي الإسلام، والتكليف، والرشد، والعدالة (عند الوصية إليه) لأنها شروط لصحتها فاعتبر وجودها حالها ، ( و ) يعتبر وجود هذه الصفات ( عند موت الموصي ) لأنه الوقت الذي يملك الموصي إليه التصرف فيه بالإيصاء ، ( فإن تغيرت ) هذه الصفات ( بعد الوصية ثم عادت قبل الموت عاد ) الموصي إليه ( إلى عمله ) لعدم المانع ، ( وإن زالت ) هذه الصفات ( بعد الموت ) انعزل لوجود المنافي ، ( أو ) زالت (بعد الوصية ولم تعد قبل الموت انعزل ) من الوصية ، ( ولم تعد وصيته ) لو عادت الصفات بعد ( إلا بعقد جديد ) إن أمكن بأن قال الموصي مثلاً : إن انعزلت لفقد صفة ثم عدت إليها فأنت وصي . وقال في المنتهى : ومن عاد إلى حاله من عدالة وغيرها عاد إلى عمله ، ( وينعقد الإيصاء بقول الموصي : فوضت ) إليك كذا ، ( أو وصيت إليك) بكذا ، ( أو ) وصيت ( إلى زيد بكذا، أو أنت ) وصى ( أو هو ) أي زيد وصي في كذا ( أو جعلته ) أي زيداً وصى ( أو جعلتك وصي ) على كذا ، ( ولا تصح ) الوصية (إلى فاسق ، ولا ) إلى ( صبي ولو مراهقاً ، ولا إلى مجنون ) لأنهم ليسوا أهلاً للولاية والأمانة وتقدم ، ( ولا إلى كافر من مسلم ، ولا إلى سفيه ) لما تقدم ( ولا نظر لحاكم مع وصي خاص إذا كان ) الوصي ( كفئاً في ذلك ) الصرف الذي أسند إليه ، لأن الوصية تقطع نظر الحاكم ، لكن له الاعتراض عليه إن فعل ما لا يسوغ ، على ما تقدم في ناظر الوقف ، ( وتصح وصية المنتظر ) أي الذي تنتظر أهليته ( بأن يجعله وصياً بعد بلوغه أو بعد حضوره من غيبته ونحوها ) نحو أن يقول : هو وصي إذا أفاق من جنونه ، أو زال فسقه ، أو سفهه ، أو أسلم ونحوه .

( و ) كذا إن قال : وصيت إلى فلان فـ ( إن مات فلان ففلان وصي ، أو ) قال : (هو وصي سنة ثم فلان بعدها ) أي السنة ، ( فإذا قال : أوصيت إليك ، فإذا بلغ ابني

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع بالكتاب .

فهو وصي ، صح ) ذلك ، ( فإذا بلغ ابنه صار وصيه ومثله ) في الصحة إذا قال : (أوصيت إليك فإذا تاب ابني من فسقه، أو صح من مرضه، أو اشتغل بالعلم، أو صالح أمه أو رشده فهو وصي صحت ) الوصية في الصور كلها ، ( ويصير ) المذكور ( وصياً عند وجود الشرط ) للخبر الصحيح : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ فَإِنْ قُتِلَ فَجَعْفَرُ فَإِنْ قُتِلَ فَعَبْدُ اللهِ بْنُ رَوَاحة » والوصية كالتأمير ، وإن قال الإمام : الخليفة بعدي فلان ، فإن مات في حياتي أو تغير حاله ففلان صح ، وكذا في ثالث ورابع لا للثاني إن قال : فلان ولي عهدي ، فإن ولي ثم مات ففلان بعده ، وإن علق ولي أمر ولاية حكم، أو وظيفة بشرط شغورها أو غيره ، فلم يوجد حتى قام غيره مقامه صار الاختيار له ، ( وإذا أوصى إلى واحد ، و) أوصى ( بعده إلى آخر ، فهما وصيان ) ولم يكن عزلاً للأول ، لأن اللفظ لا يدل عليه مطابقة ولا تضمناً ، ولا يستلزمه ، فإن الجمع ممكن ، ( كما لو أوصي إليهما جميعاً في حالة واحدة ، إلا أن يقول قد أخرجت الأول ) فإن قاله أو نحوه ، مما يدل عليه ، انعزل لحصول العزل ممن يملكه ، ( وليس لأحدهما ) أي الوصيين ( الانفراد بالتصرف ) لأن الموصي لم يرض إلا بتصرفهما ، وانفراد أحدهما يخالف ذلك ( إلا أن يجعله ) أي التصرف ( الموصي لكل منهما ) فلكل منهما الانفراد حينئذ ، لرضا الموصي بذلك ، ( أو يجعله ) أي التصرف ( لأحدهما ) واليد للآخر ، ( فيصح تصرفه منفرداً ) عملاً بالوصية ، ( وإذا تصرفا ) أي أرادا التصرف ، ( فالظاهر أن المراد ) باجتماعهما ليس معناه تلفظهما بصيغ العقود معاً ، بل ( صدوره ) أي التصرف ( عن رأيهما ) واجتهادهما ، ( ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما ) التصرف وحده ، ( أو ) يباشره (الغير بإذنهما ، ولا يشترط توكيلهما ) أي أن يوكل أحدهما الآخر ، وإن اختلفا في شيء وقف الأمر ، حتى يتفقا ، ( وإن مات أحدهما أو جن ، أو غاب ، أو وجد منه ما يوجب عزله ) كسفه وعزله نفسه ، ( ولم يكن الموصي جعل لكل منهما الانفراد بالتصرف أقام الحاكم مقامه ) أي الميت أو المجنون ونحوه ( أميناً ) ليتصرف مع الآخر ، ( وإن أراد الحاكم أن يكتفي بالباقي منهما ، لم يجز له ) الاكتفاء به ، لأن الموصي لم يكتف بأحدهما ، فلا يقصر عليه ، إذ الوصية تقطع نظر الحاكم واجتهاده ، ( فإن جعل الموصي لكل منهما الانفراد بالتصرف ، أو جعله ) أي التصرف ( لأحدهما صح تصرفه منفرداً ) وتقدم ، ( فإن مات أحدهما ، والحالة هذه ) لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه ، (أو خرج ) أحدهما ( عن أهلية التصرف ) والحالة هذه ( لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه، واكتفى بالباقي ) منهما لرضا الموصي به ، ( إلا أن يعجز ) الباقي ( عن التصرف وحده ) فيضم الحاكم إليه أميناً يعاونه ، ( ولو حدث ) لأحدهما ( عجز لضعف أو كثرة

عمل ونحوه ، ولم يكن لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، ضم أمين ) أي ضم الحاكم أميناً لمن عجز يعاونه ، والوصي هو الأول كما تقدم ، ( وإذا اختلف الوصيان ) وليسا مستقلين ( عند من يجعل المال منهما ) بأن طلب كل أن يكون المال تحت يده، أو تحت يد الآخر ( لم يجعل عند واحد منهما ) لعدم رضا الموصي بذلك ، ( ولم يقسم ) المال (بينهما ) لأن من لوازم الشركة في التصرف الشركة في الحفظ ، لأنه مما وصي به فلا يستقل ببعض الحفظ ، كما لا يستقل ببعض التصرف ، ( وجعل ) المال ( في مكان تحت أيديهما ) لكل واحد منهما عليه نحو قفل ، فإن تعذر ذلك ختما عليه ودفع إلى أمين القاضي ، وإن كانا مستقلين احتمل ذلك واحتمل القسمة ، ذكره الحارثي .

( وإن نصب ) الموصي وصياً ( ونصب ) الموصي ( عليه ناظراً ؛ يرجع الوصي إلى رأيه ولا يتصرف ) الوصي ( إلا بإذنه جاز ) . قلت : فإن خالف لم ينفذ تصرفه ، لأن الموصي لم يرض برأيه وحده ، ( وإن فسق الوصي انعزل ) لوجود المنافي ، ولا يعود إلى الأهلية إلا بعقد جديد على ما تقدم في كلامه . وتقدم كلام المنتهى . وكذا منصوب القاضي بخلاف الأب إذا فسق تعود ولايته الأهلية ، لأن ولايته عن سبب الأبوة ، وهو ثابت ، وولاية الوصي والأمين عن الإيصاء وتوليه ، وقد بطل ، فلا بد في العود من مثل ذلك السبب ، ثم ما تصرف بعد البطلان مردود ، لصدوره من غير أهله ، لكن رد الودائع ، والغصوب ، والعواري ، وقضاء الديون التي جنسها في التركة تقع موقعها ، لأن المقصود من هذه الأمور : وصولها إلى أهلها ، وهو حاصل بذلك وإذا أعيد وكان أتلف مالاً ، فقياس المذهب براءته بالقبض من نفسه ، فإن ذلك ثابت للأب وقد نص من رواية أبي داود : على أن الوصي بمنزلة الأب في كل شيء ، إلا في النكاح . قاله الحارثي . ( وأقام الحاكم مقامه ) أي الفاسق ( أميناً ) ليتصرف ، ( ويصح قبول ) الوصي ( الإيصاء إليه في حياة الموصي ) لأنه إذن في التصرف ، فصح قبوله بعد العقد، كالوكالة ، بخلاف الوصية بالمال ، فإنها تمليك في وقت ، فلم يصح القبول قبله .

( و ) يصح القبول أيضاً ( بعد موته ) لأنها نوع وصية ، فيصح قبولها إذن كوصية المال ، ( فمتى قبل صار وصياً ) قال الحارثي : ويقوم فعل التصرف مقام اللفظ ، كما في الوكالة . قال ابن رجب : هو الأظهر ، ( وله ) أي الوصي ( عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته ، و ) في ( حضوره وغيبته ) لأنه متصرف بالإذن ، كالوكيل ، ونقل الأثرم وحنبل : له عزل نفسه إن وجد حاكماً كما قدمه في المحرر ، وقطع به الحارثي لأن العزل تضييع للأمانة وإبطال لحق المسلم ، وكذا إن تعذر تنفيذ الحاكم للموصي به لعدم ثبوته عنده أو نحوه ، أو غلب على الظن أن الحاكم يسند

إلى من ليس بأهل ، أو أن الحاكم ظالم ، ذكره الحارثي ، ( وللموصي عزله متى شاء ) كالموكل ( وليس للموصي ) عند الإطلاق ( أن يوصي ) لأنه قصر توليته فلم يكن له التفويض ، كالوكيل ، وسبق في الوكالة : له أن يوكل فيما لا يباشره مثله ، أو يعجز عنه فقط . قال الحارثي : والأمراض المعتادة كالرمد والحمى تلحق بنوع ما لا يباشره ، وما ليس كذلك كالفالج وغيره ، يلتحق بنوع ما يباشره ( إلا أن يجعل إليه ) الموصي (ذلك ) أي أن يوصي ( نحو أن يقول ) الموصي للوصي : ( أذنت لك أن توصي إلى من شئت ، أو ) يقول : ( كل من أوصيت ) أنت ( إليه فقد أوصيت ) أنا ( إليه ، أو) يقول : كل من أوصيت أنت إليه ، ( فهو وصيي ) فله أن يوصي لأن الموصي رضي رأيه ، ورأى من يراه ، ولأنه تصرف مأذون فيه ، فكان كغيره من التصرفات ، (ويجوز أن يجعل ) الموصي أو الحاكم ( للوصي جعلاً ) معلوماً كالوكالة ، ( ومقاسمة الوصي للموصي له جائزة ) أي نافذة ( على الورثة ، لأنه نائب عنهم ) ففعله كفعلهم ، ( ومقاسمته ) أي الوصي ( للورثة على الموصي له لا تجوز ) لأنه ليس نائبا عنه ، كتصرف الفضولي .

★ ★ ★

## فصـــل

ولا تصح الوصية إلا في تصرف معلوم ليعلم الوصي ما وصي به إليه ، ليحفظه ويتصرف فيه ( يملك الموصي فعله : كقضاء الدين ، وتفريق الوصية والنظر في أمر غير مكلف ) رشيد من طفل، ومجنون، وسفيه ، ( ورد الودائع ) إلى أهلها ( واستردادها ) ممن هي عنده ، ( ورد غصب وإمام بخلافه ، وحد قذف ) لأن الوصي يتصرف بالإذن، فلم يجز إلا في معلوم يملكه الموصي كالوكالة ، ( فهو يستوفيه لنفسه ) أي للموصي نفسه (لا للموصي إليه ) وإنما صحت الوصية بما تقدم.، ( لأنه ) أي الموصي ( يملك ذلك ) أي ما ذكر من قضاء الدين وتفريق الوصية إلى آخرها ، ( فملكه وصية ) لقيامه مقامه .

( ويصح الإيصاء بتزويج مولاته ) كبنته ، ( ولو كانت صغيرة ) دون تسع ، ( وله ) أي وصي الأب ( إجبارها ) إذا كانت بكراً، أو ثيباً دون تسع ، ( كالأب ) لأنه نائبه كوكيله ، ( ويأتي في باب أركان النكاح ) مفصلاً ، ( ولا يقضي ) الوصي ( الدين إلا) إذا ثبت ( ببينة ) إذ لا يقبل قول الوصي ولا مدعي الدين بغير بينة ( غير ما يأتي ) التنبيه عليه ، ( فأما ) الوصية بـ ( النظر على ورثته في أموالهم فإن كان ) الموصي ( ذا ولاية عليهم ) في المال ( كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يؤنس ) أي يعلم ( رشده )

منهم ( فله أن يوصي إلى من ينظر في أموالهم بحفظها ويتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه ) لقيام وصيه مقامه ، ( ومن لا ولاية له ) أي الموصي ( عليهم كالعقلاء الراشدين ) من أولاده وغيرهم ، ( و ) كـ ( غير أولاده من الأخوة ) مطلقاً ، ( أو الأعمام ) مطلقاً وبنيهم وبناتهم كذلك ، ( وأولاد ابنه ، وسائر من عدا أولاده لصلبه ، فلا تصح الوصية عليهم ، ولا من المرأة على أولادها ) إذ لا ولاية لغير الأب كما تقدم ، ( ولا ) تصح الوصية ( باستيفاء دينه مع بلوغ الوارث رشده ولو مع غيبته ) لأن المال انتقل عن الميت إلى ورثته الذين لا ولاية له عليهم ، فلم تصح الوصية باستيفائه كما لو لم يكونوا وارثين .

« **تتمة** » : قال الشيخ تقي الدين : ما أنفقه وصي متبرع بالمعروف في ثبوت الوصية ، فمن مال اليتيم . انتهى . وعلى قياسه كل ما فيه مصلحة له ، ( وإذا أوصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره ) لأنه استفاد التصرف بالإذن من جهته ، فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل ، فإن وصي إليه في تركته وأن يقوم مقامه فهذا وصي في جميع أموره ، يبيع ويشتري إذا كان نظراً لهم ، وإن خصصها بشيء لم يتعده ( مثل أن يوصي إليه بتفريق ثلثه ) فيفعله ( دون غيره، أو ) يوصي إليه ( بقضاء ديونه، أو بالنظر في أمر أطفاله )، أو تزويجهم فلا يتجاوزه ، ( وإن جعل لكل واحدة من هذه الخصال وصياً جاز ) على ما قال ، ( ويتصرف كل واحد منهم فيما جعل ) الموصي ( إليه ) خاصة لما تقدم ، ( وإذا أوصى إليه بتفرقة ثلثه وقضاء دينه ، فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم، أو جحدوا ما في أيديهم، وأبوا قضاء الدين، أو جحدوه، وتعذر ثبوتهما قضى ) الوصي ( الدين باطناً ) أي من غير علم الورثة ، لأنه تمكن من إنفاذ ما وصي إليه بفعله، فوجب عليه كما لو لم يجحده الورثة ، ولأنه لا حق لهم إلا بعد وفاء الدين ، (وأخرج ) الوصي ( بقية الثلث ) الموصي إليه بتفرقته ( مما في يده ) لأن حق الموصي لهم بالثلث متعلق بإجزاء التركة ، وحق الورثة مؤخر عن الوصية ووفاء الدين ، فوجب تقديمها ، ومحل كونه يجب على الوصي ذلك ( إن لم يخف تبعة ) أي رجوع الورثة عليه بما دفعه في الدين، أو الوصية وينكروهما ولا بينة بهما، فلا يجب عليه ذلك للعذر ، ( ويبرأ مدين باطناً بقضاء دين يعلمه على الميت ) فيسقط عن ذمته بقدر ما يقضي عن الميت كما لو دفعه إلى الوصي بقضاد الدين فدفعه في دين الميت ، إذ لا فرق بينهما سوى توسط الوصي بينهما ، ( ولو ظهر دين يستغرق التركة ) لم يضمن الوصي ما صرفه في الوصية ، ( أو جهله ) وصي ( له فتصدق ) ( بجميع الثلث هو أو حاكم ثم ثبت ذلك ) أي الموصي له ( لم يضمن ) الوصي ولا الحاكم لرب الدين ولا للموصي له

بالثلث شيئاً لأنه معذور بعدم العلم . وفي الرعاية الكبرى قلت : بل يرجع به لوفاء الدين . وقال ابن نصر الله : لو كان فيها أي التركة عين مستحقة فباعها، وتصدق بثمنها ضمنها لتعلق حق صاحبها بعينها بخلاف الدين، (ولو أقام الذي له الحق) من دين، أو وديعة ونحوها ( بينة شهدت بحقه ) عند الموصي ( لم يشترط الحاكم بل تكفي الشهادة عند الوصي ) فله قضاء الحق ، لأن البينة حجة له ، قال ابن أبي المجد في مصنفه : لزمه قضاؤه بدون حضور حاكم على الأصح ، وقدمه ابن رزين في شرحه وجعل في المغني، والشرح الروايتين في جواز الدفع لا لزومه ، وهو الأليق بقوله : ( والأحوط ) أن تشهد البينة ( عند الحاكم ) خروجاً من الخلاف وقطعاً للتهمة ، ولمدين دفع دين موصي به لمعين إليه من غير حضور الوصي، والورثة وله دفعه إلى وصي في تنفيذ وصاياه ، ويبرأ وإن لم يوص به أو كان للميت عين، ولم يوص بقبضها ، فأبى وارث ووصي معاً. وإن صرف أجنبي الموصي به لمعين في جهته لم يضمنه ، وإن وصى بإعطاء مدع عينه ديناً بيمينه نفذه الوصي من رأس ماله ، قاله الشيخ تقي الدين ، ونقل ابن هانيء ببينة ونقله عبد الله ، ونقل ابن عقيل مع صدق المدعي ، ذكره في الفروع .

( وتصح وصية كافر إلى مسلم إن لم تكن تركته خمراً، أو خنزيراً، ونحوهما ) كالسرجين النجس ، فإن كانت تركته كذلك لم تصح الوصية إلى مسلم بالنظر فيها لعدم إمكانه ، وتصح الوصية أيضاً من كافر ( إلى من ) أي كافر إن ( كان عدلاً في دينه ) لأنه يلي على غيره بالنسب فيلي بالوصية كالمسلم ، ( وإذا قال ) الموصي للوصي : (ضع ثلثي ، حيث شئت، أو أعط لمن شئت ) أو تصدق به على من شئت لم يجز له أي الوصي ( أخذه ) أي الثلث لنفسه لأنه تمليك ملكه بالإذن ، فلا يكون قابلاً له كالوكيل، وقيل : يعمل بالقرينة ، ( ولا ) يجوز للوصي أيضاً ( دفعه ) أي الثلث ( إلى أقاربه ) أي الوصي ( الوارثين ) له ، ( ولو كانوا فقراء ) لأنه متهم في حقهم . قال الحارثي : والمذهب جواز الدفع إلى الولد والوالد ونحوهم ، واختاره صاحب المحرر لاندراجه تحت اللفظ والتهمة لا أثر لها ، فإن هذه العبارة تستعمل في الرضا بصرف الوصي إلى من يختاره كيف كان .

( ولا ) يجوز للوصي أيضاً دفع الثلث ( إلى ورثة الموصي ) أغنياء كانوا أو فقراء، لأن الوصي نائب الميت ، فلم يكن له الدفع إلى من لا يدفع المستنيب إليه ، وإن قال : اصنع في مالي ما شئت، أو هو بحكمك افعل فيه ما شئت ونحو ذلك من ألفاظ الإباحة لا الأمر . قال أبو العباس : أفتيت أن هذا الوصي له أن يخرج ثلثه ، وله أن لا يخرجه فلا يكون الإخراج واجباً ولا حراماً ، بل موقوفاً على اختيار الوصي .

( ومن أوصى إليه بحفر بئر بطريق مكة ، أو) بحفر بئر ( في السبيل فقال: لا أقدر، فقال الموصي : افعل ما ترى لم يجز ) للوصي ( حفرها بدار قوم لا بئر لهم لما فيه من تخصيصهم ) نقله ابن هانيء ، لأن ظاهر الوصية حفرها بموضع يعمم نفعه ، ( ولو أمره ببناء مسجد فلم يجد ) الوصي ( عرصة ) أي أرضاً يبنيها مسجداً ( لم يجز شراء عرصة يزيدها في مسجد صغير ) نص عليه ، لأنه ليس فعلاً لما أمر به ، ( ولو قال ) الموصي : ( يدفع هذا إلى يتامى بني فلان فإقرار بقرينة وإلا ) أي وإن لم تكن هناك قرينة فهو وصية لهم ، قاله الشيخ تقي الدين .

( وإن دعت حاجة إلى بيع بعض العقار ) المخلف عن الميت ( لقضاء دين ) عن الميت ( مستغرق ) ماله غير العقار ، واحتاج إلى تتمة من العقار ، ( أو ) دعت الحاجة لبيع بعض العقار ( لحاجة صغار وفي بيع بعضه ضرر ، مثل أن ينقص الثمن على الصغار باع الوصي ) العقار كله ( على الصغار ، وعلى الكبار إن أبوا ) أي الكبار ( البيع، أو كانوا غائبين ) لأن الوصي قائم مقام الأب ، وللأب بيع الكل ، فالوصي كذلك ، ولأنه وصي يملك بيع البعض ، فملك بيع الكل ، كما لو كان الكل صغارا ، أو الدين مستغرقاً ، ولأن الدين متعلق بكل جزء من التركة ، ولهذا لو تلف بعضها وفى من الباقي ، ( وإن كان شريكهم ) أي الصغار ( غير وارث ، يبع ) الوصي ( عليه ) لأن الوصي فرع الميت ، وهو لا يبيع على شريكه بغير إذنه فنائبه أولى ، ( ولو كان الكل ) من الورثة ( كباراً ) رشيدين ، ( وعلى الميت دين، أو وصية تستغرق باعه الموصي إليه إذا أبوا بيعه ) أو غابوا ، ( وكذا لو امتنع البعض ) أو غاب باع الوصي على الكل لما تقدم، وكذا لو كان الدين ، أو الوصية لا يستغرق العقار ، لكن في بيع بعضه ضرر ؛ فله بيع الكل لما تقدم من أنه نائب الموصي ، وأنه يملك بيع البعض فملك بيع الكل كما يعلم من كلام أكثر الأصحاب .

( والحكم ) المذكور من جواز البيع على الكبار إذا أبوا أو غابوا وكان في بيع البعض ضرر في المسئلتين ( لا يتقيد بالعقار بل يثبت فيما عداه إلا الفروج ) احتياطاً لها ، (نص عليه ) قال يعقوب بن بختان : سألت أبا عبد الله عن الوصي يبيع على البالغ الغائب ، فقال : إنما الوصي بمنزلة الأب إذا كان من طريق النظر ، قلت لأبي عبد الله : فإن كان فرج قال : ما أحب أن يبيعه وإنما خص العقار بالذكر ، لأن إبقاءه أحظ لليتيم فثبوت الحكم فيه منبه على الثبوت فيما دونه في ذلك .

( قال الحارثي : وإن مات إنسان لا وصي له ) بأن لم يوص إلى أحد ، أو لم يقبل الموصي إليه ، ( ولا حاكم ببلده ) الذي مات فيه ، ( أو مات ) إنسان ( ببرية ) بفتح

الباء ، أي صحراء ( ونحوها ) كجزيرة لا عمران بها ( جاز لمسلم ممن حضره أن يجوز تركته ، و ) أن ( يتولى أمره ) أي تجهيزه على ما يأتي ، ( ويفعل الأصلح فيها ) أي التركة ( من بيع وغيره ) كحفظها ، وحملها للورثة ، لأن ذلك موضع ضرورة لحفظ مال المسلم عليه ، إذ في تركه إتلاف له ، ( ولو كان في التركة إماء ) أي فله بيعها ، لأنه موضع ضرورة . ( وقال ) الإمام ( أحمد : أحب إليّ أن يتولى بيعهن ) أي الإماء (حاكم ) قاله في الشرح ، وإنما توقف عن بيعهن على طريق الاختيار احتياطاً ، لأن بيعهن يتضمن إباحة فرجهن . انتهى . وهو معنى كلام القاضي ، ( ويكفنه ) أي المسلم الذي حضره ( منها ) أي من تركته ( إن كانت ) تركته ، وأمكن تكفينه منها .

( وإلا ) بأن لم يكن له تركة ، أو كانت ، ولم يمكن تجهيزه منها ، ( فـ ) إنه يجهزه ( من عنده ويرجع ) بما جهزه بالمعروف ( عليها ) أي على تركته ، حيث كانت، ( أو ) يرجع به ( على من يلزمه كفنه ) أن لم يترك شيئاً لأنه قام عنه بواجب ، ( إن نواه ) أي الرجوع ( مطلقاً ) أي سواء استأذن حاكماً أو لا ، أشهد على نية الرجوع أو لا ، أو ( استأذن حاكماً ) في تجهيزه ، فله الرجوع على تركته ، أو على من يلزمه كفنه لأنه لو لم يرجع إذن لامتنع الناس من فعله مع حاجة الناس إليه ( ما لم ينو التبرع ) فإن نواه فلا رجوع له ، وكذا لو لم ينو تبرعاً ولا رجوعاً ، فإنه لا رجوع له على مقتضى قوله إن نواه ، وهو قياس ما تقدم فيمن قام عن غيره بدين واجب .

« تنبيه » : قول المصنف أو على من يلزمه كفنه أولى من قول المنتهى يلزمه نفقته ، إذ الزوج يلزمه نفقة زوجته ولا يلزمه كفنها ، فلا يرجع عليه ، بل على أبيها أو نحوه ، والله أعلم .



# كتاب الفرائض

جمع فريضة بمعنى مفروضة والهاء فيها للنقل من المصدر إلى الاسم كالحفير والغرض التوقيت ، ومنه : ﴿ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الحجَّ ﴾ [1] ، والجزء من الشيء كالتفريض ومن القوس موضع الوتر وما أوجبه الله كالمفروض والقراءة ، والسنة يقال : فرض رسول الله ﷺ ، أي سَنَّ ، ونوع من التمر والجند يفترضون، والترس وعود من أعواد البيت ، والعطية الملموسة وما فرضته على نفسك فوهبته ، ومن الزند ، حيث يقدح منه أو الجزء الذي فيه ، و﴿ سُورَةٌ أَنزَلْنَاهَا وَفَرَضْنَاهَا ﴾ [2] جعلنا فها فرائض الأحكام ، وبالتشديد أي جعلنا فيها فريضة بعد فريضة ، أو فصلناها وبيناها ، قاله في القاموس .

( وهي ) شرعاً : العلم بقسمة المواريث ، جمع ميراث ، وهو الحق المخلف عن الميت، وأصله موراث قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ، ويقال له أيضاً : التراث ، وأصل التاء فيه واو ، والإرث لغة : البقاء وانتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين ، ويطلق بمعنى الميراث ، ويسمى القائم بهذا العلم فارضاً، وفريضاً، وفرضياً -بفتح الراء وسكونها- وفراضاً وفرائضياً، ( وموضوعه التركات ) لأنها التي يبحث فيه عن عوارضها ( لا العدد ) فإنه موضوع علم الحساب ، ( والفريضة نصيب مقدر شرعاً لمستحقه ) وقد رويت أحاديث تدل على فضل هذا العلم والحث على تعلمه وتعليمه ، فمنها قوله عليه الصلاة والسلام : « العِلْمُ ثَلاثَةٌ وَمَا سَوَى ذَلِكَ فَضْلٌ آيَةٌ محكَمَةٌ وَسُنَّةٌ قَائِمَةٌ وَفَرِيضَةٌ عَادِلَةٌ » [3] رواه ابن ماجة عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، وقوله ﷺ : « تَعَلَّمُوا الفَرَائِضَ وَعَلِّمُوهَا النَّاسَ فَإِنِّي امْرُؤٌ مَقْبُوضٌ وَإِنَّ العِلْمَ سَيُقْبَضُ وَتَظْهَرُ الفِتَنُ حتى يَخْتَلِف اثْنَانِ فِي الفَرِيضَةِ فَلا يَجِدَانِ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا » [4] رواه أحمد والترمذي والحاكم ولفظه له عن ابن مسعود ، وعن عمر : « تَعَلَّمُوا الفَرَائِضَ فَإِنَّهَا مِنْ دِينِكُمْ » ، وعنه أيضاً : «تعَلَّمُوا الفَرَائِضَ وَاللَّحنَ وَالسُّنَّةَ كَمَا تَعْلَمُون القرآن » ، وعن أبي هريرة مرفوعاً :

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٧ .

(٢) سورة النور ، الآية : ١ ، وأقول : أنه قرأ أبو عمرو وابن كثير بتشديد الراء وذلك لما في الحرز ﴿ وَحَقٌ وَفَرَّضْنَا ثَقِيلاً وَرَأْفَةٌ ﴾ ، راجع شرح شعلة الموصلي على الشاطبية (ص٥١١) ، طبع الاتحاد العام للقراء تحقيق الشيخ علي محمد الضباع .

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن في المقدمة ، باب اجتناب الرأي والقياس ، حديث (٥٤).

(٤) الحديث أخرجه أحمد في المسند في مسند أبي هريرة ، وكذا في مسند عبد الله بن عمرو ، وأخرجه الترمذي من رواية أبي هريرة في السنن : ٤/٤١٣ - ٤١٤ ، كتاب الفرائض ، باب ما جاء في تعليم الفرائض .

«تَعَلَّمُوا الفَرَائِض وعلموها فإنها نصف العِلْم وَهُوَ يُنْسَى وهو أَوَّلُ عِلْم يُنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي»[1] رواه ابن ماجة والدارقطني من رواية حفص بن عمر ، وقد ضعفه جماعة ، واختلف في معناه ، فقال أهل السلامة : لا نتكلم فيه ، بل يجب علينا اتباعه ، وقال قوم : هي نصف العلم باعتبار الحال ، فإن للناس حالتين حياة ووفاة فالفرائض تتعلق بالثاني ، وباقي العلوم بالأول ، وقيل باعتبار الثواب ، لأن له بتعليم مسئلة واحدة من الفرائض مائة حسنة وبغيرها من العلوم عشر حسنات . قيل : وأحسن الأقوال أن يقال : أسباب الملك نوعان : اختياري ، وهو ما يملك رده كالشراء والهبة ونحوها ، وقهري وهو ما لا يملك رده وهو الإرث . وحكى أن الوليد بن مسلم رأى في منامه أنه دخل بستاناً فأكل من ثمره إلا العنب الأبيض ، فقصه على شيخه الأوزاعي ، فقال : تصيب من العلوم كلها إلا الفرائض فإنها جوهر العلم كما أن العنب الأبيض جوهر العنب ، والأصل فيها الكتاب والسنة ، وستقف على ذلك مفصلاً ، ( وإذا مات ) ميت ( بديء من تركته بكفنه، وحنوطه، ومؤنة تجهيزه ) بالمعروف ، ( و ) مؤنة ( دفنه بالمعروف من صلب ماله، سواء قد كان تعلق به ) أي المال ( حق رهن، أو أرش جناية، أو لم يكن ) تعلق به شيء من ذلك ، كحال الحياة ، إذ لا يقضي دينه إلا بما فضل عن حاجته ، وتقدم .

( وما بقي بعد ذلك ) أي بعد مؤنة تجهيز بالمعروف ( يقضي منه ديونه ) سواء وصي بها أو لا ، وتقدم ويبدأ منها بالمتعلق بعين المال ، كدين برهن ، وأرش جناية برقبة الجاني ونحوه ، ثم الديون المرسلة في الذمة ، ( سواء كانت ) الديون ( لله ) تعالى (كزكاة المال ، و ) صدقة ( الفطر والكفارات، والحج الواجب ) والنذر ، ( أو ) كانت (لآدمي كالديون ) من قرض، وثمن، وأجرة، وجعالة استقرت ونحوها ، ( والعقل ) بعد الحول ( وأرش الجنايات، والغصوب، وقيم المتلفات وغير ذلك ) لما تقدم من أنه ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ، فإن ضاق المال تحاصوا ، وتقدم ، ( وما بقي بعد ذلك تنفذ وصاياه) لأجنبي ( من ثلثه ، إلا أن تجيزها الورثة فتنفذ ) وإن زادت على الثلث ، أو كانت لوارث ( من جميع الباقي ، ثم يقسم ما بقي بعد ذلك على ورثته ) لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[2] .

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجه في السنن : ٩٠٨/٢ ، كتاب الفرائض ، باب الحث على تعليم الفرائض ، الحديث (٢٧١٩) ، وفي الزوائد قلت : أخرجه الحاكم في المستدرك ، وقال : إنه صحيح الإسناد ، وفيما قاله نظر ، فإن حفص بن عمر المذكور ضعفه ابن معين، والبخاري، والنسائي، وأبو حاتم وقال ابن حبان : لا يجوز الاحتجاج به بحال ، وقال ابن عدي : قليل الحديث وحديثه ، كما قال البخاري منكر .

(٢) سورة النساء ، الآية : ١١ .

( وأسباب ) جمع سبب ، وهو لغة : ما يتوصل به لغيره ، كالسلم لطلوع السطح ، واصطلاحاً : ما يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم لذاته ( التوارث ثلاثة فقط ) فلا يرث ولا يورث بغيرها كالموالاة ، أي المؤاخاة والمعاقدة ، وهي المحالفة ، وإسلامه على يديه ، وكونهما من أهل ديوان واحد ، والتقاط الحديث : « إنَّمَا الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، واختار الشيخ تقي الدين : أنه يورث بها عند عدم الرحم ، والنكاح ، والولاء ، وتبعه في الفائق ( رحم وهو القرابة ) لقوله تعالى : ﴿ وَأُولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ ﴾ [(١)] .

( و ) الثاني : ( نكاح ) لقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ [(٢)] الآية، ( وهو عقد الزوجية الصحيح ) سواء دخل أو لا ، ( فلا ميراث في النكاح الفاسد ) لأن وجوده كعدمه .

( و ) الثالث : ( ولاء عتق ) فيرث به المعتق ، وعصبته من عتيقه ، ولا عكس ، لحديث : « الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » رواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه ، شبه الولاء بالنسب والنسب يورث به ، فكذا الولاء ، ووجه التشبيه : أن السيد أخرج عبده بعتقه إياه من حيز المملوكية التي ساوى بها البهائم إلى حيز المالكية التي ساوى بها الأناسي ، فأشبه بذلك الولادة التي أخرجت المولود من العدم إلى الوجود ، ( وموانعه ) أي التوارث ( ثلاثة : القتل ، والرق ، واختلاف الدين ، وتأتي في أبوابها ) مفصلة ، وأركانه ثلاثة : وارث ، ومورث ، وحق موروث ، وشروطه ثلاثة : تحقق حياة الوارث أو إلحاقه بالأحياء ، وتحقق موت المورث ، أو إلحاقه بالأموات ، والعلم بالجهة المقتضية للإرث ، وتعلم مما يأتي ، ( والنبي ﷺ لم يورث ، وكانت تركته صدقة ) وكذا سائر الأنبياء ، لحديث : « إنّا مَعَاشِرَ الأَنْبِيَاءِ لا تُورَثُ ، مَا تَرَكْنَاهُ صَدَقَةٌ » [(٣)] ، ( والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة : الابن وابنه وإن نزل ) بمحض الذكور ، لقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلادِكُمْ ﴾ [(٤)] الآية ، وابن الابن ابن ، لقوله تعالى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ﴾ [(٥)] ، ﴿ يا بني إسرائيل ﴾ [(٦)] ، ( والأب وأبوه ، وإن علا ) بمحض الذكور ، لقوله تعالى : ﴿ وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ﴾ [(٧)] الآية ، والجد تناوله النص لدخول ولد الابن في الأولاد ، وقيل : ثبت فرضاً بالسنة ، لأنه ﷺ أعطاه السدس ، (والأخ من كل جهة ) شقيقاً كان أو لأب ، أو لأم ، أما الذي لأم فلقوله تعالى : ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ﴾ [(٨)] فإنها في الأخوة للأم كما

---

(١) سورة الأنفال ، الآية : ٧٥

(٢) سورة النساء ، الآية : ١٢ .

(٣) سبق تخريجه

(٤) ، (٧) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٥) وردت في القرآن في سورة الأعراف في أربع مواضع ، آية ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(٦) آية ٨٠ من سورة طه .

(٨) سورة النساء ، الآية : ١٢ .

يأتي ، وأما الذي لأبوين أو لأب فلقوله تعالى : ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾[1]، ( وابن الأخ إلا ) إن كان الأخ ( من الأم ) فقط فابنه من ذوي الأرحام ، ( والعم ) لا من الأم ، ( وابنه كذلك ) لقوله ﷺ : ﴿ أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ فَلأَوْلِي رَجُلٍ ذَكَرٍ ﴾[2] ، وأما العم لأم وابنه ، فمن ذوي الأرحام ، ( والزوج ) لقوله تعالى : ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾[3] ، ( ومولي النعمة ) وهو المعتق والعصبة المتعصبون بأنفسهم ، لحديث : « الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » ، ( و ) المجمع على توريثهن ( من الإناث سبع : البنت وبنت الابن وإن سفلن ) -بتثليث الفاء- ( أبوها ) بمحض الذكور ، (والأم والجدة ) من قبلها ، أو من قبل الأب على تفصيل يأتي ، (والأخت من كل جهة) أي سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم ، ( والزوجة ) هي بالتاء لغة سائر العرب ما عدا أهل الحجاز ، اقتصر الفقهاء والفرضيون عليها للإيضاح وخوف اللبس ، ( ومولاة النعمة ) وهي المعتقة ومعتقتها وإن علت ، ودليل ذلك يعلم مما تقدم ومما يأتي مفصلاً في أبوابه .

( والوارث ثلاثة ذو فرض ) أي نصيب مقدر شرعاً لا يزيد إلا بالرد، ولا ينقص إلا بالعول ، ( وعصبات ) يرثون بلا تقدير ، ( و ) ذو ( رحم ) يرثون عنه عدم العصبات وأصحاب الفروض غير الزوجين على ما يأتي بيانه ، ( والفروض ) القرآنية ( ستة : النصف، والربع، الثمن، والثلثان، والثلث، والسدس) وإن شئت قلت: النصف والثلثان ونصفهما، ونصف نصفهما، أو الثمن والسدس وضعفهما، وضعف ضعفهما، أو الربع والثلث وضعف كلٍ ونصف كل وثلث الباقي ، ثبت باجتهاد الصحابة رضي الله تعالى عنهم، (وأصحابها) أي الفروض ( عشرة : الزوجان ) على البدلية ، ( والأبوان ) مجتمعين ومفترقين ، ( والجد ) لأب ، ( والجدة ) لأم أو أب ، ( والبنت وبنت الابن وإن نزل أبوها والأخت من كل جهة والأخ لأم ) وتسمى الإخوة والأخوات لأبوين بني الأعيان لأنهم من عين واحدة، للأب فقط بني العلات جمع علة -بفتح العين المهملة- وهي الضرة. قال في القاموس : وبنو العلات بنو أمهات شتى من رجل ، لأن الذي يتزوجها على أولى قد كان قبلها ناهل ثم عَلَّ من هذه . انتهى . وللأم فقط بني الأخياف -بالخاء المعجمة تليها مثناة تحتية- سموا بذلك لأن الأخياف الأخلاط ، فهم من أخلاط الرجال ليسوا من رجل واحد ، وإن أردت تفصيل أحوال أصحاب الفروض ، ( فللزوج الربع إن كان لها ولد ) ذكر أو أنثى منه، أو من غيره لم يقم به مانع، ( أو ولد ابن ) وإن سفل

(١) سورة النساء ، الآية : ١٧٦ .
(٢) الحديث متفق عليه من رواية ابن عباس رضي الله عنهما ، أخرجه البخاري في كتاب الفرائض باب ميراث الولد من أبيه ، وأخرجه مسلم في كتاب الفرائض ، باب ألحقوا الفرائض بأهلها . وأقول: أن الفرائض هي المقدرات الشرعية في المتروكات المالية . (٣) سورة النساء ، الآية : ١٢ .

أبوه بمحض الذكور ، ( و ) له ( النصف مع عدمهما ) أي عدم الولد وولد الابن ، (ولزوجة فأكثر الثمن إن كان له ولد ) ذكر أو أنثى واحد أو متعدد منها أو من غيرها ، ( أو ولد ابن ) وإن سفل ، ( والربع مع عدمهما ) إجماعاً لقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ (١) الآية ، ( وولد البنت لا يحجب الزوج من النصف إلى الربع ، ولا ) يحجب ( الزوجة من الربع إلى الثمن ) ولو ورثناه ، ( ويأتي في باب ذوي الأرحام ) لأنه لم يدخل في مسمى الولد ولم ينزله الشرع منزلته . ومن قام به مانع من الأولاد، أو أولاد الابن فوجوده كعدمه ، وكذا سائر من قام به مانع ، وإنما بدأ بالزوجين لقلة الكلام فيهما ، وإنما جعل للجماعة من الزوجات مثل ما للواحدة ، لأنه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع أخذن جميع المال، وزاد فرضهن على فرض الزوج، وكذا الجدات إذا تعددن فلهن مثل ما للواحدة ، لأنه لو أخذت كل واحدة السدس لزاد ميراثهن على ميراث الجد، وأما بقية أصحاب الفروض كالبنات، وبنات الابن، والأخوات المفترقات ، فإن لكل جماعة مثل ما للأنثيين منهن ، وإنما زدن على فرض الواحدة ، لأن الذكر الذي يرث في درجتهن لا فرض له إلا ولد الأم ، فإن ذكرهم وأنثاهم سواء ، لأنهم يرثون بالرحم، وبالقرابة المجردة، ( ويرث أب ) من ابنه أو بنته ( وجد مثله ) إن عدم الأب مع ذكورية ولد للميت ، ( أو ) مع ذكورية ( ولد ابن ) وإن نزل ( بالفرض سدساً ) للآية السابقة ، ( و ) يرث أب من ولده وجد من ولد ابنه ( بفرض وتعصيب مع أنوثيتهما ) أي الولد وولد الابن كما لو مات عن أب وبنت ابن ( فيأخذ ) الأب (السدس فرضاً ) لقوله تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ﴾ (٢) الآية .

وتأخذ البنت، أو بنت الابن النصف ثلاثة ، ( ثم ) يأخذ الأب ( ما بقي إن بقي شيء) كما في المثال ( بالتعصيب ) لقوله ﷺ : « أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوْلِي رَجُلٍ ذَكَرٍ » (٣) وروي أن الحجاج سأل الشعبي عن هذه المسألة فقال : « للبنت النصف، والباقي للأب ، فقال له الحجاج : أصبت في المعنى، وأخطأت في اللفظ، هلا قلت للأب السدس وللبنت النصف والباقي للأب ؟ فقال : أخطأت وأصاب الأمير » ولا يرث بفرض وتعصيب معاً بسبب واحد إلا الأب والجد ، وأما بسببين فكثير ، من ذلك زوج هو معتق وأخ لأم هو ابن عم وزوجة معتقة ، ( و ) يرث الأب أو الجد عند عدم

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٢ . (٢) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٣) الحديث متفق عليه من رواية ابن عباس رضي الله عنهما ، أخرجه البخاري في كتاب الفرائض. باب ميراث الولد من أبيه ، وأخرجه مسلم في كتاب الفرائض ، باب ألحقوا الفرائض بأهلها ، والفرائض هي المقدرات الشرعية في المتروكات المالية .

الأب ( بالتعصيب ) فقط ( مع عدمهما ) أيْ الولد ، وولد الابن فيأخذ المال كله أو ما أبقت الفروض .

★ ★ ★

## ( فصل في حكم ميراث الجد مع الأخوة )[1]

في الجد مع الأخوة، أو الأخوات لأبوين، أو لأب منفردين، أو مع ذوي فرض. قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ أن الجد أبا الأب لا يحجبه عن الميراث غير الأب، وأنزلوا الجد في الحجب، أو الميراث منزلة الأب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء ، أحدها زوج وأبوان ، والثاني زوجة وأبوان للأم فيهما ثلث الباقي مع الأب، وثلث جميع المال لو كان مكان الأب جد ، والثالثة اختلفوا في الجد مع الأخوة والأخوات للأبوين أو لأب ، ولا خلاف بينهم في إسقاطه بني الأخوة وولد الأم ذكرهم وأنثاهم ، وذهب الصديق رضي الله تعالى عنه إلى أن الجد يسقط الإخوة والأخوات من جميع الجهات كما يسقط الأب ، وبذلك قال ابن عباس وابن الزبير : وروى عن عثمان وعائشة، وأبي بن كعب، وجابر بن عبد الله، وأبي الطفيل، وعبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال أبو حنيفة وغيره : وكان عليّ بن أبي طالب، وزيد بن ثابت، وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم يورثونهم معه فلا يحجبونهم به ، وبه قال مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وأبو يوسف، ومحمد لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه ، فإن الجد والأخ يدليان بالأب الجد أبوه والأخ ابنه ، وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الأبوة ، بل ربما كانت أقوى ، فإن الابن يسقط تعصيب الأب ، ولذلك مثّله عليّ بشجرة أنبتت غصناً فانفرق منها غصنان كل منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي . واختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم على مذاهب منها مذهب زيد بن ثابت وهو قول أهل المدينة، والشام، والشافعي، وأحمد، وأكثر أهل العلم ، وهو ما أشار إليه المصنف بقوله: ( والجد لأب وإن علا ) بمحض الذكور ( مع الإخوة ) أي الأخ فأكثر لأبوين أو لأب ، (و ) مع ( الأخوات ) أي الأخت فأكثر كذلك ( لأبوين أو لأب يقاسمهم كأخ منهم ما لم يكن الثلث خيراً له ) من المقاسمة ، ( فيأخذه والباقي لهم ) أي للأخوة ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإذا لم يكن معهم ذو فرض فله خير الأمرين : المقاسمة أو ثلث المال ، والمقاسمة خير له أن نقصوا عن مثليه ، وذلك في خمس صور: جد وأخ ، جد وأخت. جد وأختان جد وأخ وأخت ، جد وثلاث أخوات ، والثلث خير له إن زادوا على مثليه كجد وثلاث إخوة فأكثر أو جد وخمس أخوات فأكثر ، ولا حصر لصوره ويستوي له الأمر إذا كانوا مثليه ، وذلك في ثلاث صور : جد وأخوان ، جد وأخ وأختان ، جد

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ .

وأربع أخوات ، وحيث استوى له الأمران قسم له ما شئت منهما ، ذكره في شرح المنتهى، ( فإن كان معهم ) أي الجد والإخوة ( ذو فرض) من زوج، أو زوجة، أو بنت، أو بنت ابن، أو أم، أو جدة ( أخذ ) ذو الفرض واحداً كان أو أكثر ( فرضه ، ثم للجد الأحظ من ) أمور ثلاثة ، وهي ( المقاسمة ) للأخوة ( كأخ وثلث الباقي وسدس جميع المال ولو عائلاً ) فالمقاسمة خير له في نحو جدة وجد وأخ ، وثلث الباقي خير له في نحو جدة وجد وثلاث أخوة ، والسدس خير له في نحو أم وبنت وجد وأخوين ، ومتى زاد الإخوة عن مثليه فلا حظ له في المقاسمة ، ومتى نقصوا عنه فلا حظ له في ثلث الباقي ، ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له في المقاسمة ومتى نقصوا عنه فلا حظ له في ثلث الباقي ، ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له في ثلث ما بقي ، وإن نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس ، وإ كان الفرض النصف وحده استوى له سدس المال وثلث الباقي ، وإن كان الإخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة . وقد تستوي له الأمور الثلاثة ، وذلك إذا كان الفرض النصف والإخوة اثنين كزوج وجد وأخوين ، ويعطى له السدس إذا كان خيراً له ولو عائلاً (كزوج وبنتين وأم وجد ) وأخ فأكثر ( فتعطيه سهمين من خمسة عشر ) وتسقط الإخوة لاستغراق الفروض التركة ، (فإن لم يفضل عن الفرض إلا السدس فهو له ) أي الجد ، ( ويسقط الإخوة كأم وبنتين وجد وأخت ) فأكثر ، ( أو أخ ) فأكثر ، ( فإنـ ) ها تصح من ستة ( للأم السدس واحد وللبنتين الثلثان ) أربعة ، و( يبقى السدس ) واحد ( للجد وتسقط الإخوة ) ذكوراً كانوا أو إناثاً ، لأن الجد لا ينقص أبداً عن سدس المال ولو اسماً بالعول، لأنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى ، فمع غيره أولى ( إلا ) الأخت في الأكدرية وهي زوج وأم وأخت وجد ) سميت بذلك قيل لتكديرها لأصول زيد في الجد ، فإنه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد والإخوة وفرض للأخت مع الجد ولم يفرض لأخت مع جد ابتداء في غيرها وجمع سهامها وسهامه فقسمها بينهما ولا نظير لذلك ، وقيل : لأن زيداً كدر على الأخت ميراثها بإعطائها النصف واسترجاع بعضه منها ، وقيل : لأن عبد الملك ابن مروان سأل عنها رجلاً اسمه أكدر فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ ، فنسبت إليه ، وقيل : لأن الميتة كان اسمها أكدرة ، وقيل : بل كان اسم زوجها أكدر ، وقيل: بل كان اسم السائل ، وقيل : بل سميت بذلك لكثرة أقوال الصحابة فيها وكدرها ، (فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وللأخت النصف ) فتعول إلى تسعة ، ( ثم يقسم نصف الأخت وسدس الجد ) وهما أربعة من تسعة ( بينهما ) أي الجد والأخت (على ثلاثة) لأنها لا تستحق معه إلا بحكم المقاسمة، وإنما أعالها زيد لأنه لو

لم يفرض-لها لسقطت ، وليس في الفريضة من يسقطها ، فإن قيل : هي عصبة بالجد فتسقط باستكمال الفروض ، فالجواب أنه إنما يعصبها إذا كان عصبة وليس الجد بعصبة مع هؤلاء بلى يفرض له ، والأربعة لا تنقسم على ثلاثة ، ( فاضربها ) أي الثلاثة ( في المسئلة وعولها ) ذلك تسعة ( تكن سبعة وعشرين ) ومنها تصح ( للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربع ) ويعايى بها فيقال : أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث باقي الباقي والرابع ما بقي ، ونظمها بعضهم فقال :

ما فرض أربعة يوزع بينهم    ميراث ميتهم بفرض واقع ؟

فلو أخذ ثلث الجميع وثلث ما    يبقى لثانيهم بحكم جامع

ولثالث من بعدهم ثلث الذي    يبقى وما يبقى نصيب الرابع

ويقال أيضاً : امرأة جاءت قوماً فقالت : أني حامل ، فإن ولدت ذكراً فلا شيء له ، وإن ولدت أنثى فلها تسع المال ، وثلث تسعه ، وإن ولدت ولدين فلهما السدس ، ويقال أيضاً: إن ولدت ذكراً فلي ثلث المال ، وإن ولدت أنثى فلي تسعاه ، وإن ولدت ولدين فلي سدسه .

( ولا يعول من مسائل الجد مع الأخوة غيرها ولا يفرض لأخت معه ) أي الجد (ابتداء إلا فيها ) أي الأكدرية وخرج بقوله : ابتداء مسائل المعادة ، فإنه يفرض لها فيها بعد المقاسمة ، وتأتي . ثم أخذ في بيان محترز أركانها ، فقال : ( فإن كان مكان الأخت أخ سقط لأنه عصبة في نفسه ) فلا يمكن أن يفرض له وقد استغرقت الفروض التركة ، (وصحت) المسئلة ( من ستة ) ولا عول ، للزوج ثلاثة وللأم سهمان وللجد سهم . (وإن كان مع الأخت أخرى ) انحجبت الأم إلى السدس ، وتصح من اثني عشر للزوج ستة وللأم اثنان وللجد كذلك ولكل أخت واحد ، ( أو ) كان مع الأخت ( أخ أو أكثر) من أخت أو أخ ( انحجبت الأم إلى السدس ) وأخذ الزوج النصف والأم السدس والجد السدس ، ( وبقي السدس لهما ) أي الأخ والأخت على ثلاثة ، فتصح من ثمانية عشر ، ( ولا عول ) فيها ، ( وإن لم يكن مع الأخت إلا أخ لأم ) أو أخت لأم ( لم يرث ) ولد الأم لحجبه بالجد إجماعاً وتقدم ، ( وانحجبت الأم إلى السدس ) لوجود عدد من الإخوة ، ( وإن لم يكن في الأكدرية زوج ) بل كان فيها أم وجد وأخت ، ( فللأم الثلث ) ومخرجه من ثلاثة فلها واحد ، ( وما بقي ) اثنان ( بين الجد والأخت على ثلاثة ) لا تنقسم وتباين ، ( فـ ) اضرب ثلاثة في ثلاثة ، فـ ( تصح من تسعة ) للأم

ثلاثة ، وللجد أربعة ، وللأخت اثنان ، ( وتسمى ) هذه المسألة ( الخرقي ، لكثرة اختلاف الصحابة فيها ) فكأن الأقوال خرقتها ، ( وتسمى ) أيضاً ( المسبعة ) لأن فيها سبعة أقوال : قول زيد ، وهو المذكور في المتن ، وقول الصديق وموافقيه : للأم الثلث والباقي للجد ، وقول علي : للأخت النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس ، وقول عمر : للأخت النصف ، وللأم ثلث الباقي ، وللجد ثلثاه ، وقول ابن مسعود : للأخت النصف وللأم السدس والباقي للجد ، وهو في المعنى مثل الذي قبله ، إلا أنه سمي للأم في هذا السدس ، وفي الذي قبله ثلث الباقي ، ويروى عن ابن مسعود أيضاً : للأخت النصف والباقي بين الجد والأم نصفين ، فتكون المسألة من أربعة ، وهي إحدى مربعات ابن مسعود ، وقول عثمان : للأم الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث ، ( و ) وتسمى (المسدسة ) لأن الأقوال فيها ترجع في المغني إلى ستة ، وتقدمت الإشارة إليه ، ( و ) تسمى ( المخمسة ) لاختلاف خمسة من الصحابة فيها : عثمان ، وعليّ ، وابن مسعود، وابن عباس ، وزيد .

( و ) تسمى ( المربعة ) لما تقدم من أنها إحدى مربعات ابن مسعود ، ( و ) تسمى (المثلثة) لقسم عثمان لها من ثلاثة ، ( و ) لذلك سميت ( العثمانية ) أيضاً ، ( و ) تسمى أيضاً ( الشعبية والحجاجية ) لأن الحجاج امتحن بها الشعبي فأصاب ، فعفا عنه . ( وولد الأب ) ذكراً كان أو أنثى ، واحداً أو أكثر ( كولد الأبوين في مقاسمة الجد إذا انفردوا ) عن ولد الأبوين ، لاستواء درجتهم بالنسبة إلى أبي الميت ، ( فإن اجتمعوا ) أي اجتمع ولد الأبوين وولد الأب مع الجد ( عاد ولد الأبوين الجد بولد الأب ) أي زاحمه به ، وحسبه عليه من عداد الرؤوس ، لأن الجد والد ، فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث ، كالأم ، ولأن ولد الأب يرثون معه إذا انفردوا فيعدون عليه مع غيرهم بخلاف ولد الأم ، فإن الجد يحجبهم ، فلا يعدون عليه ، ثم المعادة إنما تكون عند الاحتجاج إليها ، فلو استغنى عنها ، كجد وأخوين ، لأبوين وأخ من أب ، فلا معادة ، لأن للجد هنا أن لا يقاسم ، ويأخذ ثلث المال ، فلا فائدة فيها ، ( ثم ) بعد عدهم أولاد الأب على الجد ، وأخذ الجد نصيبه يرجعون إلى المقاسم على حكم ما لو لم يكن معهم جد ، فإن كان أولاد الأبوين ذكراً فأكثر أو إناثاً ( أخذوا ) أي أولاد الأبوين ( منهم ) أي أولاد الأب ( ما حصل لهم ) فجد وأخ لأبوين ، وأخ لأب، المسألة من ثلاثة : للجد واحد ، ويأخذ الأخ للأبوين السهم الذي حصل لأخيه، وكذلك جد وأختان لأبوين ، وأخ لأب يأخذ الجد ثلثاً ثم الأختان الثلثين ، ويسقط الأخ كما لو لم يكن جد واستغرقت الفروض التركة ، فإن قيل : الجد يحجب ولد الأم ولا

يأخذ ميراثه ، والأخوة يحجبون الأم ، ولا يأخذون ميراثها ؟ أجيب : بأن الجد وولد الأم يختلف سبب استحقاقهما للميراث ، وكذلك سائر من يحجب ، ولا يأخذ ميراث المحجوب، وهنا سبب استحقاق الأخوة للميراث واحد وهو الأخوة والعصوبة ، فأيهما أقوى حجب الآخر ، وأخذ ميراثه ( إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدة فتأخذ تمام النصف ) كما لو لم يكن جد ، ( وما فضل ) عن الأحظ للجد وعن النصف الذي فرض لها ، فهو ( لولد الأب ) واحداً كان أو أكثر ، ذكراً أو أنثى ، ( ولا يتفق هذا ) أي أن يبقى لولد الأب بقية بعد نصيب الجد ونصف الأخت لأبوين ( في مسألة فيها فرض غير السدس ) لأنه لا يكون في مسائل المعادة فرض ، إلا السدس أو الربع أو النصف ، لأن الثلث إنما هو للأم مع عدم الولد والعدد من الأخوة أو الأخوات ، والثلثان للبنات أو بنات الابن ، والثمن للزوجة مع الولد ، ولا معادة في ذلك ، وإذا انتفى الثلثان والثلث، والثمن بقي النصف والربع والسدس ، ومع الربع متى كانت المقاسمة أحظ له، بقي للأخوة أقل من النصف ، فهو لولد الأبوين ، وإلا وجب أن يكون الربع للجد ، لأنه ثلث الباقي ، ولا يجوز أن ينقص عنه فيبقى للأخوة النصف ، فهو للأخت لأبوين لأنه فرضها ، ولا يبقى لولد الأبوين شيء ، وإن كان الفرض هو النصف ، فالباقي بعده، وبعد ما يأخذه الجد على كل حال دون النصف فتأخذه الأخت لأبوين ولا يبقى لولد الأب شيء ، فوجب إن كان فرض أن لا يكون غير السدس ، وإن لم يكن في مسائل المعادة فرض لم يفضل عن الأخت لأبوين مع ولد أب وجد أكثر من السدس لأن أدنى ما للجد الثلث ، وللأخت النصف والباقي بعدهما هو السدس ، وتارة لا يبقى شيء، ( فجد وأخت لأبوين وأخت لأب ) المسألة ( من أربعة ) عدد رءوسهم ( له ) أي الجد ( سهمان ) لأن المقاسمة إذن أحظ له ، ( ولكل أخت سهم ) لأنهما كأخ ، ( ثم ترجع الأخت لأبوين ، فتأخذ ما في يد أختها كله ) لتستكمل فرضها وهو النصف ، كما لو كان مع الأختين بنت فأخذت البنت النصف وبقي النصف ، فإن الأخت لأبوين تأخذه جميعه ؛ وتسقط الأخت لأب ، وترجع المسألة المذكورة بالاختصار لاثنين : للجد سهم، وللأخت لأبوين سهم ، ( وإن كان معهم ) أي الجد والأخت لأبوين والأخت لأب (أخ من أب ، فـ ) المسألة من ستة ، لأن فيها نصفاً ، وثلثاً وما بقي ( للجد الثلث) اثنان ، ( وللأخت النصف ) ثلاثة ( يبقى للأخ وأختيه السدس ) واحد ( على ثلاثة ) لا ينقسم ويباين ، فاضرب الثلاثة في الستة ( تصح من ثمانية عشر ) للجد ستة، وللأخت للأبوين تسعة ، وللأخت لأب سهم ، وللأخ لأب سهمان ، وكذا جد وأخت لأبوين ، وثلاث أخوات لأب تصح من ثمانية عشر ، للجد ستة وللتي لأبوين تسعة ،

وللباقيات لكل واحدة سهم ، ( وإن كان معهم ) أي مع الجد والأخت لأبوين ، والأخ لأب ، والأخت لأب ( أم : فلها السدس ) لوجود العدد من الإخوة ( وللجد ثلث الباقي) لأنه أحظ له إذن ، ( وللأخت ) لأبوين ( النصف ) لأنه فرضها ، ( والباقي لولدي الأب ) على ثلاثة فالمسألة من ثمانية عشر : للأم ثلاثة ، وللجد خمسة وللتي لأبوين تسعة ؛ يبقى لولدي الأب واحد لا ينقسم عليهما ، فاضرب ثلاثة في ثمانية عشر ( تصح من أربعة وخمسين ) للأم تسعة ، وللجد خمسة عشر ، وللتي لأبوين سبعة وعشرون ، وللأخ لأب سهمان ولأخته سهم ، ( وتسمى مختصرة زيد ) بن ثابت بن الضحاك الخزرجي كاتب الوحي رضي الله عنه ، وفضله أشهر من أن يذكر لأنه صححها من مائة وثمانية وردها بالاختصار إلى ما ذكر .

وبيانه : أن المسألة من مخرج فرض الأم من ستة للأم واحد يبقى خمسة على ستة بعدد رءوس الجد ، والأخوة لا تنقسم وتباين ، فتضرب عددهم ستة في أصل المسألة ستة يحصل ستة وثلاثون للأم ستة، وللجد عشرة، وللتي لأبوين ثمانية عشر، سهمان لولدي الأب على ثلاثة ، لا تنقسم وتباين فتضرب ثلاث في ستة وثلاثين تبلغ مائة وثمانية ، ومنها تصح للأم ثمانية عشر وللجد ثلاثون وللشقيقة أربعة وخمسون وللأخ لأب أربعة وللأخت لأب سهمان والأنصباء تتفق بالنصف ، فترد المسألة إلى نصفها ونصيب كل وارث إلى نصفه فترجع إلى ما ذكر أولاً ، ولو اعتبرت للجد فيها ثلث الباقي لصحت ابتداء من أربعة وخمسين كما أشير إليه أولا .

(فإن كان معهم) أي مع الأم، والجد، والشقيقة، والأخ، والأخت لأب (أخ آخر من أب صحت ) المسألة ( من تسعين ) لأن للأم السدس ثلاثة من ثمانية عشر وللجد ثلث الباقي خمسة وللشقيقة النصف تسعة يفضل واحد لأولاد الأب على خمسة فاضرب خمسة في ثمانية عشر بتسعين ثم اقسم ، فللأم خمسة عشر وللجد خمسة وعشرون وللشقيقة خمسة وأربعون لكل أخ لأب سهمان ولأختهما سهم ، ( وتسمى تسعينية زيد ) لأنه صححها من تسعين ، ( فإن اجتمع مع الجد أختان لأبوين وأخت لأب ، فـ ) المسألة ( من خمسة) عدد رءوسهم ( للجد سهمان ) لأن المقاسمة خير له ، ( وللأختين لأبوين سهمان وهما ناقصان عن الثلثين فيستردان ما في يد الأخت للأب وهو سهم فلا تكمل الثلثان ) لهما (فيقتصر عل استرداد ذلك ) ولا عول ، لأن الجد يعصب الأخوات ، وإذا قسمت الثلاثة على الشقيقتين لم تنقسم فاضرب اثنين في خمسة ، ( وتصح من عشرة ) للجد أربعة ولكل شقيقة ثلاثة ، ( ومن الملقبات ) الفرضية ( اليتيمتان ) وهما ( زوج وأخت لأبوين أو ) أخت ( لأب ) تشبيهاً بالدرة اليتيمة ، إذ ليس لنا مسألة يورث فيها المال كله

بفرضين متساويين غيرهما ، ( و ) من الملقبات ( المباهلة ) وهي ( زوج وأم وأخت لأبوين أو لأب ) لقول ابن عباس فيها : « مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنَّ المَسْأَلَةَ لا تَعُولُ إن الذي أحصَى رمل عالجٍ عَدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثُلُثاً هَذَانِ نِصْفَانِ ذَهَبَا بِالمَالِ فأيْنَ مَوْضِعُ الثُّلُثِ ؟ » ومعنى المباهلة الملاعنة والتباهل التلاعن ، وهذه أول فريضة عالت في الإسلام ، ( و ) من الملقبات ( الغراء والمروانية ) وهي ( زوج وولد أم وأختان ) لغيرها لأنها حدثت بعد المباهلة في زمن مروان ، فاشتهر العول بها ، ( و ) من الملقبات ( أم الأرامل ) وهي ( ثلاث زوجات، وجدتان، وأربع أخوات لأم، وثمان ) أخوات ( لأبوين، أو لأب ) لأنوثية جميع الورثة ، وتسمى السبعة عشرية والدينارية الصغري ، إذ كانت التركة فيها سبعة عشر ديناراً ، ( و ) من الملقبات ( عشرية زيد ) -بفتح العين والشين - وهي ( جد وأخت لأبوين وأخ لأب ) أصلها من خمسة عدد رءوسهم ، لأن المقاسمة أحظ للجد فله سهمان ثم يفرض للأخت النصف ، فتضرب مخرجه اثنين في الخمسة وتصح من عشرة للجد أربعة، وللأخت خمسة، وللأخ لأب واحد، وعشرينية زيد : جد وأخت لأبوين وأختان لأب أصلها خمسة ، للجد سهمان، وللشقيقة النصف سهمان ونصف، والنصف الباقي للأختين من الأب لكل واحدة ربع فتضرب مخرجه أربعة في الخمسة بعشرين ، ومنها تصح للجد ثمانية وللشقيقة عشرة ، ولكل أخت لأب سهم ، (و) من الملقبات ( مربعة الجماعة ) وهي ( زوجة وأخت ) لأبوين أو لأب ( وجد ) لإجماعهم على أنها من أربعة وإن اختلفوا في كيفية القسمة ، ومذهب زيد ومن وافقه للزوجة الربع، والباقي بين الجد والأخت أثلاثاً ، ( و ) من الملقبات (الدينارية) الكبرى (والركابية) وهي (زوجة وأم وبنتان واثني عشر أخاً وأخت) لغير أم ، أصلها أربعة وعشرون وجزء سهمها رؤوس الأخوة خمسة وعشرون ، وتصح من ستمائة للزوجة خمسة وسبعون وللبنتين أربعمائة وللأم مائة ولكل أخ اثنان وللأخت واحد . روى أن امرأة أخذت بركاب عليّ وقالت له : إن أخي من أبي وأمي مات وترك ستمائة دينار وأنابني منه ديناراً واحداً ، فقال : لعل أخاك خلف من الورثة كذا ، وكذا قالت : نعم، قال : قد استوفيت حقك ، ( و ) من الملقبات ( المأمونية ) وهي ( أبوان وابنتان ماتت بنت ) منهما ( قبل القسمة ) امتحن بها المأمون يحيى بن أكثم حين سأله أن يوليه القضاء، ( وتأتي آخر المناسخات ) موضحة ، ( و ) من الملقبات ( مسألة الامتحان ) وهي ( أربع زوجات، وخمس جدات، وسبع بنات، وتسعة أخوة ) أصلها أربعة وعشرون وجزء سهمها ألف ومائتان وستون ، وتصح من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين ، (والمذهب لا يرث أكثر من ثلاث جدات ) كما يأتي فلا تتمشى مسألة الامتحان على قواعدنا .

( و ) من الملقبات ( مسئلة الإلزام ) وهي ( زوج وأم وأخوان لأم ) وتسمى أيضاً مسئلة المناقصة لأن ابن عباس لا يرى حجب الأم من الثلث إلى السدس إلا مع وجود ثلاثة من الإخوة أو الأخوات ، ولا يرى العول ويرد النقص مع ازدحام الفروض على من يصير عصبة في بعض الأحوال بتعصيب ذكر لهن وهن البنات والأخوات لغير أم ، فألزم بهذه المسئلة ، لأنه إن أعطى الأم الثلث لكون الإخوة أقل من ثلاثة وأعطى الأخوين الثلث عالت المسئلة وهو لا يرى العول وإن أعطاها سدساً فقد ناقض مذهبه في حجبها بأقل من ثلاثة : وإن أعطاها ثلثاً وأدخل النقص على ولدي الأم ، فقد خالف مذهبه في إدخال النقص على من لا يصير عصبة بحال ، ( وتأتي العمريتان ) ويقال لهما : الغروان زوج وأبوان وزوجة وأبوان ، ( و ) تأتي ( المشركة وهي الحمارية ) زوج وأم وأخوان لأم وأخوة لهما لأبوين ، لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الأبوين ، وولد الأم في الثلث . وقال : هب أباهم حماراً فما زادهم إلا قرباً وهي رواية نقلها حرب ، ( و ) تأتي (أم الفروخ -بالخاء المعجمة-) زوج، وأم، وإخوة لأم، وأختان فأكثر لغيرها، سميت بذلك لكثرة عولها شبهوا أصلها بالأم وعولها بفروخها ، وليس في الفرائض مسئلة تعول بثلثيها سواها ، ( وهي الشريحية ) لحدوثها زمن القاضي شريح ، وله قصة فيها مشهورة يأتي ذكرها ، ( و ) تأتي ( المنبرية ) زوجة وأبوان وابنتان ، سئل عنها عليّ وهو على المنبر يخطب فقال : صار ثمن المرأة تسعاً ومضى في خطبته، (وهي البخيلة ) لقلة عولها.



## ( فصل في أحوال الأم )

وللأم أربعة أحوال ثلاثة منها يختلف ميراثها بسبب اختلافها ، وأما الرابع فإنما يظهر تأثيره على المذهب في عصبتها كما يأتي ، ( فـ ) إذا كانت ( مع الولد ) ذكر أو أنثى واحداً أو متعدداً ، ( أو ) مع ( ولد الابن ) كذلك ، ( أو ) مع ( اثنين ولو محجوبين من الأخوة والأخوات كاملي الحرية ) فـ ( لها سدس ) لقوله تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ، وقوله : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ [(١)] ، وروى الحاكم ، وقال : صحيح الإسناد ، أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله تعالى عنهم : « لَيْسَ الأَخَوَانِ إِخْوَةً فِي لِسَانِ قَوْمِكَ ، فَلِمَ تَحْجُبُ بِهِمَا الأُمَّ ؟ فَقَالَ : لا أَسْتَطِيعُ أَنْ أَرُدَّ شَيْئاً كَانَ قَبْلِي وَمَضَى فِي البُلْدَانِ وَتَوَارَثَ النَّاسُ بِهِ » ، هذا من

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١ .

عثمان يدل على إجماع الناس على ذلك قبل مخالفة ابن عباس . قال الزمخشري : لفظ الأخوة هنا يتناول الأخوين ، لأن المقصود الجمعية المطلقة من غير كمية . انتهى ، ولأن كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات لبنات الابن والأخوات من الأبوين للأخوات من الأب ، وشمل قوله : ولو محجوبين ما إذا حجبا بالأب أو بالجد كالأخوة للأم ، وما إذا كان أحدهما وارثاً والآخر محجوباً كأخ شقيق وأخ لأب .

( و ) للأم ( مع عدمهم ) أي عدم الولد وولد الابن والعدد من الأخوة والأخوات (ثلث) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ [1] ، وهذا هو الحال الثاني .

( و ) الحال الثالث: أشار إليه بقوله : ( في أبوين وزوج أو زوجة وهما العمريتان ) والغروان ( لها ثلث الباقي بعد فرضيهما ) أي الزوجين ، قضى بذلك عمر فتبعه عليه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وبه قال الجمهور . وقال ابن عباس : لها ثلث المال كله في المسئلتين لظاهر الآية ، والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على خلافه، ووجهه أنهما استويا في السبب المدلي به وهو الولادة وامتاز الأب بالتعصيب بخلاف الجد. فلو أعطينا الزوج فرضه وأخذت الأم الثلث لزم تفضيل أنثى على ذكر من حيز واحد في مرتبة واحدة ، أو أعطينا الزوجة فرضها والأم الثلث كاملاً ، لزم أن لا يفضل عليها التفضيل المعهود مع اتحاد الجهة والرتبة ، فلذلك استدركوا هذا المحذور وأعطوا الأم ثلث الباقي والأب ثلثيه مراعاة لهذه المصلحة .

( و ) الحال ( الرابع : إذا لم يكن لولدها أب لكونه ولد زنا أو ادعته ) أي ادعت أنه ولدها ( وألحق بها ) ولو كانت ذات زوج دون زوجها الجاحد له ، وتقدم، ( أو ) لكونه ( منفياً بلعان ، فإنه ينقطع تعصيبه ) أي الولد ( ممن نفاه ) باللعان ، ( ونحوه ) كجحد زوج المقرة به ، ( فلا يرثه هو ) أي الباقي ، ( ولا أحد من عصبته ) لانقطاع السبب وهو النسب ، وكذا الزاني وعصبته لا يرثون ولد الزنا ، وكذا زوج المقرة وعصبته لا يرثون من أقرت به إن لم يصدقوها لانقطاع نسبه ، ( ولو ) كان التعصيب ( بإخوة من أب إذا ولدت توأمين ) من زنا أو زوج نفاهما باللعان ، فإذا مات أحدها ( فلا يرث الأخ من الأب ) الذي هو توأمه بإخوته من الأب شيئاً ، ( ولا يحجب ) توأمه أحداً ممن يحجبه الأخ لأب ، ( لأنه لا نسب له ) إذ ليس لواحد منهما أب ينتسب إليه ، ( وترث أمه ) منه فرضها ، ( و ) يرث ( ذو فرض منه ) أي من ولد زنا ومنفي بلعان ونحوه

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(فرضه) كغيره ، لأن كونه لا أب له لا تأثير له في منع ذي فرض من فرضه ، (وعصبته) أي عصبة من لا أب له شرعاً ( عصبة أمه ) روى عن عليّ ،وابن عباس، وابن عمر رضي الله تعالى عنهم : إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الأرحام أحق ممن لا سهم له . ووجه قولنا قوله ﷺ : « أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِي فَهُوَ لأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » [١] متفق عليه . وقد انقطعت العصوبة من جهة الأب فبقي أولي الرجال به أقارب أمه، فيكون ميراثه بعد أخذ ذوي الفروض فرضهم له . وفي حديث سهل بن سعد في المتلاعنين : « فَجَرَتْ السُّنَّةُ أَنَّهُ يَرِثُهَا وَأَنَّهَا تَرِثُ مِنْهُ مَا فَرَضَ اللهُ لَهَا » [٢] رواه الشيخان ومفهومه أنها لا ترث أكثر من فرضها فيبقى الباقي لذوي قرابته وهم عصبتها ، وعلى هذا فإن كانت أمه مولاة ، فما بقي لمولاها ، فإن لم يكن لأمه عصبة فلها الثلث فرضاً والباقي رداً في قول عليّ وسائر من يرى الرد ( في إرث فقط ، كقولنا في الأخوات مع البنات عصبة فلا يعقلون ) أي عصبة أمه ( عنه ولا يثبت لهم ) عليه ( ولاية التزويج ) لو كان أنثى ( ولا غيره ) كولاية المال لأنهم ينتسبون إليه بقرابة الأم وهي ضعيفة ، ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في غيره كما في الأخوات مع البنات وتقدمت الإشارة إليه . واختار أبو بكر عبد العزيز أن عصبته نفس أمه ، فإن لم تكن فعصبته عصبتها وهو قول ابن مسعود ، وروى نحوه عن علي ومذهب زيد بن ثابت أنها ليست بعصبة ولا عصبتها عصبة له وهو مقتضى القياس ، وظاهر القرآن ، ولعل الإمام لم يقل به لمخالفة من تقدم من الصحابة له ، فلولا أن معهم توقيفاً في ذلك لما صاروا إليه لأنه ليس مما يقال بالرأي ، فيكون معهم زيادة علم في ذلك لم يعلمها غيرهم ، فيكون قولهم أرجح لذلك . قال ابن نصر الله في الحاشية له على المغني ولم أر من نبه على ذلك وهو أصل كبير ينبغي النظر فيه وهو أن الصحابة إذا اختلفوا على قولين ، وكان أحدهما موافقاً للقياس والآخر مخالفاً له وليس مما يقال بالرأي يؤخذ بالقول المخالف للقياس ، أي لأن الظن منهم صدوره عن توقيف بهم ، ومحل كون عصبة الأم عصبة له ( إن لم يكن له ) أي لولد الزنا والمنفي بلعان ونحوه ( ابن ولا ابن ابن وإن نزل ) بمحض الذكور ، ( ويكون الميراث ) أي الباقي بعد الفروض إن كانت ( لأقربهم ) أي

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) الحديث ذكره المؤلف بمعناه ووهم في ذكر راويه ، وهو من رواية واثلة بن الأسقع رضي الله عنه أخرجه أحمد في المسند : ٣/ ٤٩٠ ، الحديث (٢٩٠٦) ، وأخرجه الترمذي في كتاب الفرائض ، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء ، الحديث (٢١١٥) ، وأخرجه النسائي ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٩/ ٧٨ ، الحديث (١١٧٤٤) ، وقال المحقق : « في الكبرى في الفرائض » .

العصبة ( منها ) أي الأم ، ( فإن خلف ) ولد الزنا والمنفي بلعان ونحوه ( أمه وأباها وأخاها فلها الثلث ) إجماعاً ، ( والباقي لأبيها ) على المذهب لأنه أقرب عصبتها ، (وإن كان مكان الأب جد ) فالمسئلة أم وجدها وأخوها ، ( فـ ) للأم الثلث ( والباقي بين أخيها وجدها نصفين ) لاستوائهما في القرب منها ، وتصح من ثلاثة ، ( وإن خلف ) ولد الزنا ونحوه ، ( أما وخالاً ) لغير أم ( فلها الثلث والباقي للخال ) لأنه عصبة أمه ، (وإن كان معها ) أي الأم والخال ( أخ لام ، فـ ) للأم الثلث ، و( له ) أي الأخ لأُم (السدس فرضاً والباقي تعصيباً ويسقط الخال ) لأن الابن أقرب من الأخ ( يرث أخوه ) أي المنفي بلعان وولد ونحوه ( لأمه مع بنته بالعصوبة فقط ) فإذا مات عن بنت وأخ لأم فلبنته النصف والباقي لأخيه لأمه عصوبة ولا شيء له بالفرض لسقوطه بالبنت ، و( لا ) ترث ( أخته لأمه ) مع بنته شيئاً لأنها محجوبة بالبنت عن الفرض ولا عصوبة لها ، (فإذا خلف ) ولد زنا ونحوه ( بنتاً وأخاً ) لأم ( وأختاً لأم فلبنته النصف ) فرضاً ، (والباقي للأخ ) تعصيباً لأنه أقرب عصبة أمه ، ( وبدون البنت لهما الثلث فرضاً، والباقي للأخ ) عصوبة ، ومن هنا تعلم أن المراد بعصبة الأم العصبة بنفسه فقط ، ( وإذا قسم ميراث ابن الملاعنة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ) وإن لم يكن له ولد ولا قوم لأنه أقر بحق عليه ولا نظر للتهمة ، ( ونقضت القسمة ) كما لو اقتسموا في غيبة بعضهم، (وإذا مات ابن ابن ملاعنة وخلف أمه وجدته أم أبيه وهي الملاعنة ) ولا عصبة، ( فالكل لأمه فرضاً ورداً ) لأن الجدة لا ترث مع الأم ، ( وينقطع التوارث بين الزوجين إذا تم اللعان ) لانقطاع النكاح الذي هو سببه ، ( وإن مات أحدهما قبل إتمامه ) أي اللعان ، (ورثه الآخر ) لبقاء النكاح إلى الموت وعدم المانع .

★ ★ ★

## ( فصل في إرث الجدة )

( ولجدة فأكثر ) إلى ثلاث ( إذا تحاذين ) أي تساوين في الدرجة ( السدس ) إجماعاً ذكره في المغني لحديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ : « قضَى لِلْجَدَّتَيْنِ فِي المِيراثِ بِالسُّدُسِ بَيْنَهُمَا » رواه عبد الله بن أحمد في زوائد المسند .

( و ) الجدة ( القربى ، ولو ) كانت ( من جهة الأب تحجب ) الجدة ( البعدى ) لأنها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً من جهة واحدة ، فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن كالآباء، والأبناء، والأخوة، والبنات ، وقال مالك والشافعي في الصحيح عنه : لا تحجب القربى من جهة الأب البعدى من الأم

لقوتها ، ( ولا يرث أكثر من ثلاث جدات ) وهن ( أم الأم وأم الأب وأم الجد ) أبي الأب فقط ، ( ومن كان من أمهاتن وإن علون أمومة ) ، روى ذلك عن عليّ وزيد وابن مسعود لما روى سعيد في سننه عن إبراهيم النخعي : « أنَّ النَّبيَّ ﷺ وَرَّثَ ثَلاثَ جَدَّاتٍ ثِنْتَيْنِ مِنْ قِبَلِ الأب وَوَاحِدَةً مِنْ قِبَلِ الأُمِّ » [1] ، وأخرجه أبو عبيد والدارقطني . وروى سعيد أيضاً عن إبراهيم : « أَنَّهُمْ كَانُوا يُوَرِّثُون مِنَ الجَدَّاتِ ثَلاثاً » ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم ، وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لا يورث من فوقها ، (والجدات المتحاذيات أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب ) وكذا أم أم أم وأم أم أب وأم أم أبي أب ، وإن أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم أن للميت في الدرجة الأولى جدتين أم أمه وأم أبيه . وفي الثانية أربعاً ، لأن لكل واحد من أبويه جدتين ، فهما أربع بالنسبة إليه ، وفي الثالثة ثمان لأن لكل واحد من الأبوين أربعاً على هذا الوجه فيكون لولدهما ثمان. وعلى هذا كلما علت درجة يضاعف عددهن، ولا يرث منهن إلا ثلاث ، ( وترث الجدة ) أم الأب ، ( و ) ترث ( أم الجد وابنهما حي سواء كان أباً أو جداً ) فلا يحجب الأب أم نفسه ولا أم أبيه ، وكذلك الجد لا يحجب أمه ( كما لو كان عما ) روى عن ابن عمر، وابن مسعود، وأبي موسى، وعمران بن حصين، وأبي الطفيل رضي الله تعالى عنهم لما روى ابن مسعود : « أوَّلُ جَدَّةٍ أطْعَمَهَا رَسُولُ الله ﷺ السُّدُسَ أُمُّ أب مَعَ أبيهَا وَابْنُهَا حَيٍ » [2] أخرجه الترمذي ، ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه: « أول جَدَّةٍ أُطْعِمَتْ السُّدُسَ أُمُّ أَبٍ مَعَ ابْنَهَا » وقال ابن سيرين : « أَوَّلُ جَدَّةٍ أطْعَمَهَا رَسُولُ الله ﷺ السُّدُسَ أُمُّ أَبٍ مَعَ ابْنِهَا » ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم لا ميراث الأب ، فلا يحجبن به كأمهات الأم ، ( وإن اجتمعت جدة ذات قرابتين مع ) جدة (أخرى ) ذات قرابة واحدة ، ( فلها ) أي ذات القرابتين ( ثلثا السدس ) ولذات القرابة ثلثه لأنها شخص ذو قرابتين يرث بكل واحدة منهما منفردة لا يرجح بها على غيره ، فوجب أن ترث بكل واحدة منهما كابن العم إذا كان أخاً لأم أو زوجاً، وفارقت الأخ لأبوين ، لأنه رجح بقرابته على الأخ لأب ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها ، فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر ولا ينبغي أن يخل بهما جميعاً ، وههنا

---

(١) الحديث أخرجه سعيد بن منصور : ٥٧/١ ، باب الجدات ، الحديث (٩٩) عن الشعبي عن ابن مسعود .

(٢) الحديث أخرجه سعيد بن منصور في المصدر السابق ، وأخرجه الدارمي في كتاب الفرائض ، باب في الجدات ، وأخرجه الترمذي في السنن ، كتاب الفرائض ، باب ما جاء في ميراث الجدة ، وقال : « هذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعاً » إلا من هذا الوجه ، وأخرجه البيهقي في الكبرى ، كتاب الفرائض ، باب لا يرث مع الأب أبوه ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف ، كتاب الفرائض ، باب لا يرث مع الأب أبوه ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف ، كتاب الفرائض ، باب فرض الجدات.

قد اتفق الترجيح فيثبت التوريث ، وقال الشافعي وأبو يوسف : السدس بينهما نصفين وهو قياس قول مالك ، ( فلو تزوج بنت عمته ) فأتت بولد ، ( فجدته أم أم أم ولدهما وأم أبي أبيه ) فترث معها أم أم أبيه ثلث السدس ، ( أو ) تزوج ( بنت خالته ) فولدت ولداً ( فجدته أم أم وأم أم أب ) فترث معها أم أم أبيه ثلث السدس ، ( وقد تدلي جدة بثلاث جهات ترث بها ) كما لو تزوج هذا الولد بنت خالة له ، فأتت بولد منه فالجدة المذكورة بالنسبة إليه أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب ، ( فـ ) هذه الجدة في هذه الصورة ( نحصر السدس فيها ) لأنا لا نورث أكثر من ثلاث جدات ، ( وأما أم أبي الأم وأم الجد فلا يرثان بأنفسهما فرضاً من ذوي الأرحام ) بل يرثان بالتنزيل عند توريث ذوي الأرحام ، وكذا كل جدة أدلت بذكر بين أنثيين اتفاقاً ، أو أدلت بجد أعلى ، لأن القرابة كلما بعدت ضعفت والجدودة جهة ضعيفة ، ( وتقدم لو ادعي اللقيط رجلان فألحقته القافة بهما فهما أبواه ) أي وطيء اثنان امرأة بشبهة فألحق ولدها بهما فهما أبواه (لأمهما إذا مات ) الملحق بهما ( مع أم أم نصف السدس ولها ) أي أم الأم ( نصفه ) وكذا لو ألحق بأكثر من أب لأمهات الآباء نصف السدس بينهن سوية ولأم الأم نصفه .

★ ★ ★

## فصل في إرث البنات وبنات الابن والأخوات

( وللبنت الواحدة النصف ) بلا خلاف لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾ [(١)] ، ( ولا بنتين فصاعداً الثلثان ) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ [(٢)] ، ولأنه ﷺ « أَمَرَ بِإِعْطَاءِ ابْنَتَيْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ » [(٣)] رواه أبو داود وصححه الترمذي والحاكم ، وقياساً على الأختين ، وشذ عن ابن عباس أن البنتين فرضهما النصف لظاهر الآية ، لكن قال الشريف الأرموي : صح عن ابن عباس رجوعه عن ذلك وصار إجماعاً ، ( وبنات الابن إذا لم تكن بنات ) أي لا واحدة ولا أكثر (بمنزلتهن ) فلبنت ابن نصف ولبنتي ابن فأكثر الثلثان قياساً على بنات الصلب أو لدخول أولاد الابن في الأولاد على ما تقدم في الوقف ، ( فإن كانت بنت ) واحدة ( وبنت ابن فأكثر فللبنت النصف ، ولبنت الابن فصاعداً السدس تكملة الثلثين ) إجماعاً ، لما روى

---

(١) ، (٢) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٣) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٣/ ٣٥٢ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الفرائض ، باب ما جاء في ميراث الصلب ، الحديث (٢٨٩٢) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/ ٤١٤ - ٤١٥ ، الفرائض ، باب ما جاء في ميراث البنات ، الحديث (٢٠٩٢) ، وقال : « هذا حديث حسن صحيح لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٩٠٨ - ٩٠٩ ، كتاب الفرائض ، باب فرائض الصلب ، الحديث (٢٧٢٠) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٤/ ٣٤٢ ، كتاب الفرائض ، باب لا مساعاة في الإسلام ، وقال : « صحيح الإسناد ولم يخرجاه » ووافقه الذهبي .

هذيل بن شرحبيل قال : « سُئِلَ أَبُو مُوسَى عَنْ ابنَةٍ وَابْنَةِ ابنٍ وَأُخْتٍ ، فَقَالَ : للابْنَةِ النِّصْفُ وَمَا بَقِيَ فَلِلأُخْتِ ، فَأَتَى ابْنَ مَسْعُودٍ وَأَخْبَرَهُ بِقَوْلِ أَبِي مُوسَى فَقَالَ : قَدْ ضَلَلْتُ إِذنْ وَمَا أَنَا مِنَ الْمُهْتَدِينَ ، أَقْضِي فِيهَا بِمَا قَضَى بِهِ رَسُولُ اللهِ ﷺ للابنَةِ النِّصْفُ ، وَلابنَةِ الابْنِ السُّدُسُ تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلأُخْتِ فَأَتَيْنَا أَبَا مُوسَى فَأَخْبَرْنَاهُ بِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ فَقَالَ : لا تَسْأَلُونِي مَا دَامَ هَذَا الْحَبْرُ فِيكُمْ » رواه البخاري ، ولأنه قد اجتمع من بناته أكثر من واحدة ، لأن بنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الأولاد ، فكان لهن الثلثان واختصت بنت الصلب بالنصف لأنها أقرب فبقي تمام الثلثين ، ( إلا أن يكون مع بنات الابن ) الواحدة فأكثر ( ابن ) فأكثر (في درجتهن كأخيهن، أو ابن عمهن فيعصبهن فيما بقي ) بعد فرض البنت ( للذكر مثل حظ الأنثيين ) لدخولهم في قوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [1] ، ولا يعصبهن من هو أنزل منهن متى كان لهن شيء من الثلثين لعدم احتياجهن إليه خلافاً لما في شرح المنتهى.

( وإن استكمل البنات الثلثين ) بأن كن ثنتين فأكثر ( سقط بنات الابن ) لمفهوم قول ابن مسعود فيما سبق : « السُّدُسُ تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ » ، وكذا بنت ابن ابن نازلة فأكثر مع بنتي ابن أعلى منها تسقط ( إلا أن يكون معهن في درجتهن ) ذكر ، ( ولو ) كان ( غير أخيهن أو ) كان الذكر ( أنزل منهن فيعصبهن فيما بقي ) لأنه إذا عصب من في درجته، فمن هي أعلى منه عند احتياجها إليه أولى ، ( وبنت الابن مع بنات ابن الابن كالبنت مع بنات الابن ) فللعليا النصف وللاتي يلينها السدس تكملة الثلثين ، وإذا استوفى العاليات الثلثين سقط من دونهن إن لم يعصبها ذكر بإزائها أو أنزل منها ، ( ويمكن عول المسئلة بسدس بنت الابن كزوج وأبوين وبنت وبنت ابن ، أصلها من اثني عشر ) لأن فيها ربعاً وسدساً وما عداهما مماثل، أو داخل فيهما، (وتعول إلى خمسة عشر) للزوج ثلاثة ولكل من الأبوين اثنان، وللبنت ستة ولبنت الابن اثنان ، ( فلو عصبها أخوها واخال هذه ، فهو الأخ المشئوم لأنه أضر ) أخته ( نفسها وما انتفع ) لأنهما ساقطان لاستغراق الفروض التركة ، ( وكذا أخت لأب ) فأكثر لها السدس تكملة الثلثين ( مع الأخت ) الواحدة ( لأبوين ) قياساً على بنت الابن مع بنت الصلب ، ( وكذا في بنات ابن الابن) واحدة كانت، أو أكثر لها السدس ( مع بنت الابن ) الواحدة، وكذا كل نازلة مع أعلى منها من بنات الابن وإن نزل أبوهن، ( وفرض الأخوات من الأبوين) كفرض البنات عند عدمهن وعدم بنات الابن للواحدة النصف وللثنتين فأكثر الثلثان إجماعاً ، لقوله تعالى : ﴿ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [2] ، ( أو)

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ١٧٦ .

أي وفرض الأخوات ( من الأب عند عدمهن ) أي عدم البنات، وبنات الابن، والشقيقات (مثل فرض البنات ) للواحدة النصف، وللثنتين فأكثر الثلثان للآية السابقة ، أجمعوا على أنها نزلت في الأخوة لغير أم ، ( والأخوات من الأب معهن ) أي الشقيقات ( كبنات الابن مع البنات سواء ) ففي شقيقة، وأخت لأب فأكثر للشقيقة النصف وللتي لأب فأكثر السدس تكملة الثلثين كما تقدم ، فإن كان الشقيقات ثنتين فأكثر سقطت الأخوات لأب ما لم يعصبهن ، ( إلا أنه لا يعصبهن إلا أخوهن ) دون ابنه لأنه لا يعصب من في درجته من بنات الأخ ، فمن هي أعلى منه أولى ، ( وأخت فأكثر لأبوين، أو لأب مع بنت فأكثر، أو بنت ابن فأكثر عصبة يرثن ما فضل ) عن ذوي الفروض ( كالأخوة ) لحديث ابن مسعود السابق في بنت وبنت ابن وأخت ، حيث قال : « وللأُخْتِ مَا بَقِيَ » .

( فبنت وبنت ابن وأخت ) لأبوين أو لأب من ستة ( للبنت النصف، ولبنت الابن السدس ) تكملة الثلثين ( والباقي للأخت ) لما تقدم ، ( ولو كان ابنتان، وبنت ابن وأخت) لغير أم ، ( فـ ) المسألة من ثلاثة ( للبنتين الثلثان، والباقي للأخت) عصوبة (ولا شيء لبنت الابن ) لاستغراق البنتين الثلثين ، ( فإن كان معهن ) أي مع البنتين، وبنت الابن، والأخت ( أم ، فلها السدس ) وللبنتين الثلثان ، ( ويبقى للأخت سدس ) تأخذه عصوبة ، ( فإن كان بدل الأم زوج ، فالمسألة من اثني عشر ، للزوج الربع وللبنتين الثلثان وبقي للأخت نصف السدس ) تأخذه تعصيباً ، ( وإن كان معهم ) أي الزوج والبنتين والأخت ( أم عالت ) المسألة ( إلى ثلاثة عشر ) للزوج ثلاثة وللبنتين ثمانية وللأم سهمان ، ( وسقطت الأخت ) لاستغراق الفروض التركة ، ( وسواء كانت الأخت في هذه المسائل لأبوين أو لأب، فإن اجتمع مع ) البنت فأكثر، أو مع بنت الابن فأكثر ، و( الأخت لأبوين : ولد أب ، فالباقي عن البنتين أو البنات ) أو بنت الابن، أو بنات الابن عن البنت، وبنت الابن كما تقدم ( للأخت لأبوين ) لأنها عصبة مدلية بقرابتين كالأخ الشقيق ، ( وسقط ) بها ( ولد الأب أختاً كانت أو أخاً، أو إخوة، أو أخوات وأخوة ) لما تقدم ، ( وللأخ الواحد لأم السدس ذكراً كان أو أنثى ، فإن كان اثنين ) ذكرين، أو أنثيين، أو خنثيين، أو مختلفين (فصاعداً، فلهم الثلث بينهم بالسوية) إجماعاً لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أو أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ، فإنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُث ﴾ [1] أجمعوا على أنها في الإخوة للأم وقرأ ابن مسعود وسعد بن أبي وقاص : « وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ مِنْ أُمٍّ » ،

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٢ .

والكلالة الورثة غير الأبوين والولدين نص عليه ، وهو قول الصديق . وقيل الميت الذي لا ولد له ولا والد : وروى عن عمرو وعليّ وابن مسعود ، وقيل : قرابة الأم .

★ ★ ★

## ( فصل في الحجب )

وهو المنع من الإرث بالكلية، أو من أوفر الحظين ، مأخوذ من الحجاب ، ومنه حاجب السلطان لأنه يمنع من أراد الدخول إليه ، وحاجب العين لأنه يمنع ما ينحدر إليها ، وهو ضربان : حجب نقصان كحجب الزوج من النصف إلى الربع بالولد والزوجة من الربع إلى الثمن به ، وبنت الابن عن النصف إلى السدس وبنت الصلب ونحوه مما تقدم . وحجب حرمان وهو المراد هنا . و( حجب النقصان يدخل على كل الورثة ) كالأم عن الثلث إلى السدس بالولد ، والأب عن المال إلى السدس بالابن ، والزوجين على ما تقدم والبنت عن النصف إلى المقاسمة بالابن ، والابن عن الاستقلال إلى المشاركة بمن في درجته من الأولاد ، وهكذا تفعل في كل واحد من الورثة بما يناسبه . ( وحجب الحرمان) تارة يكون بالوصف كالرق والكفر ، فيمكن دخوله على جميع الورثة ، وتارة يكون بالشخص ، فـ ( لا يدخل على خمسة ) من الورثة ( الزوجين والأبوين والولد ) وضابطهم : من أدلى إلى الميت بنفسه غير المولي ، ( ويسقط الجد بالأب إجماعاً ) لأنه يدلي به ، ( و ) يسقط ( كل جد ) أعلى ( بمن هو أقرب منه ) لإدلائه به . ( و ) تسقط ( الجدات من كل جهة ) أي من جهة الأب أو الأم ( بالأم ) لأن الجدات يرثن بالولادة ، فكانت الأم أولى منهن لمباشرتها الولادة ، ( و ) يسقط (ولد الابن ) ذكراً كان أو أنثى (بالابن ) لقربه ، وكذا كل ولد ابن ابن نازل بابن ابن أعلى منه . ( و ) يسقط ( الأخ ) لأبوين ، ( و ) تسقط ( الأخت لأبوين ) بثلاثة ( بالابن وابنه ) وإن نزل ( والأب ) حكاه ابن المنذر إجماعاً ، ( ويسقط الأخ للأب ) والأخت للأب ( بهؤلاء الثلاثة ) الابن والأب ، ( وبالأخ الشقيق ) وبالشقيقة إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن ، وتقدم ( وتسقط الأخوة لأم ) ذكوراً كانوا، أو إناثاً (بالولد ذكراً كان أو أنثى، وبولد الابن ذكراً كان أو أنثى وبالأب ، و ) بـ ( الجد لأب ) وإن علا، ( و ) يسقط ( الأخ ) وشقيقاً كان أو لأب ( بالجد ) وإن علا ، ( ومن لا يرث لمانع فيه من رق، أو قتل، أو اختلاف دين لم يحجب ) أحداً لا حرماناً ، بل ولا نقصاناً ووجوده كعدمه ، ( وكذا لو كان ولد زنا) أو منفياً بلعان لا يحجب زوجة الزاني ، والملاعن عن الربع إلى الثمن ، لأن نسبه غير لاحق به فلا أثر له ، ويحجب زوج الزانية والملاعنة عن النصف إلى الربع لأنه ولدها ، وكذا يحجب مع أخ له آخر أمه من الثلث إلى السدس ، فكلام المصنف ليس على إطلاقه بدليل السوابق .

# باب العصبات

جمع عصبة وهم جمع عاصب من العصب ، وهو الشد ومنه عصابة الرأس ، لأنه يعصب بها أي يشد ، والعصب لأنه يشد الأعضاء ، وعصابة القوم لاشتداد بعضهم ببعض ، وهذا يوم عصيب أي شديد فسميت القرابة عصبة لشدة الأزر ( العصبة من يرث بغير تقدير ) لأنه متى لم يكن معه ذو فرض أخذ المال كله ، وإن كان معه ذو فرض أخذ الباقي ، واختص التعصيب بالذكور غالباً لأنهم أهل الشدة والنصرة ، ولما اختلفت أحوالهم في الشدة بالقرب والبعد كان الأقرب أولى ، ومتى أطلق العاصب ، فالمراد العاصب بنفسه .

وله ثلاثة أحكام ، ( وإن انفرد أخذ المال كله ) تعصيباً لقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ﴾ [1] وغير الأخ كالأخ ، ( وإن كان معه ) أي العاصب ( ذو فرض) واحد أو أكثر ( أخذ ) العاصب ( ما فضل عنه ) لحديث : « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَلأَوْلَى رَجُل ذَكَرٍ » .

( وإن استوعبت الفروض المال سقط ) العاصب لمفهوم الحديث المذكور ، ( وهم ) أي العصبة بالنفس ( كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى ) غير الزوج ، فخرج الأخ للأم لأنه يدلي بأنثى ، ( وهم ) أي العصبة المذكورة ( الابن وابنه ) وإن نزل ( والأب وأبوه) وإن علا ، ( والأخ ) شقيقاً كان أو لأب ( وابنه ) كذلك ( إلا من الأم ) فإن الأخ للأم من ذوي الفروض، وابنه من ذوي الأرحام ، ( والعم ) كذلك ( وابنه كذلك ) أي إلا من الأم ( ومولى النعمة ) وهو المعتق ذكراً كان أو أنثى، وعصبته المتعصبون بأنفسهم ، (أو حقهم) أي العصبة ( بالميراث أقربهم ) إلى الميت وهو المراد بقوله ﷺ : « فَلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » [2] ، وقوله : « ذَكَرٍ » بعد رجل للإشارة إلى أن المراد به ما قابل الأنثى بالغاً عاقلاً كان أو لا ، ( ويسقط به ) أي الأقرب ( من بعد ) من العصبات ، وجهات العصوبة ستة بنوة، ثم أبوه، ثم جدوده وأخوة، ثم بنو الأخوة، ثم العمومة، ثم الولاء، وإذا اجتمع عاصبان ( فلو كانت الأخوة ) للزوجة ، وهم بنو ابنه ( سبعة ورثوه ) أي المال ، ( سواء ) لها فأكثر قدم الأقرب جهة ، فإن استووا فيها فالأقرب درجة ، فإن استووا فيها فمن لأبوين على من لأب ، وهذا معنى قوله : ( وأقربهم الابن ثم ابنه وإن نزل )

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٧٦ .        (٢) سبق تخريجه في أول كتاب الفرائض .

فلا يرث أب ولا جد مع فرع ذكر وارث بالعصوبة بل السدس فرضاً ، وتقدم لقوله تعالى: ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ﴾ [(١)] الآية ، ولأنه جزؤه وجزء الشيء أقرب إليه من أصله ، ( ثم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا فهو أولى من الأخوة لأبوين أو لأب في الجملة ) لأنه أب وله إيلاد ، ولذلك يأخذ السدس مع الابن ، وإذا بقي السدس فقط أخذه وسقطت الأخوة ، وإذا بقي دون السدس ، أو لم يبق شيء أعيل له بالسدس، وسقطت الأخوة كما تقدم .

( فإن اجتمعوا معه ، فقد تقدم حكمهم ) أي حكم الجد والأخوة مجتمعين ، ( ثم الأخ من الأبوين ) لترجحه بقرابة الأم، ( ثم ) الأخ ( من الأب ثم ابن أخ من الأبوين، ثم ) ابن أخ ( من الأب ) لأن ابن كل أخ يدلي بأبيه ، ( ثم أبناؤهم ) ، أي أبناء بني الأخوة ، ( وإن نزلوا يقدم الأقرب فالأقرب مع الاستواء ) ، وإلا فمن يدلي بالأخ لأبوين على من يدلي بالأخ لأب ، ( ثم الأعمام ثم أبناؤهم كذلك ) يقدم العم الشقيق ثم العم للأب ، ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب وإن نزلوا ، ( ثم أعمام الأب ، ثم أبناؤهم كذلك ) يقدم من لأبوين على من لأب ، ( ثم أعمام الجد ثم أبناؤهم كذلك) يقدم من لأبوين على من لأب ، ثم أعمام أبي الجد ثم أبناؤهم كذلك (أبداً لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منهم ، وإن نزلت درجتهم ) لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِي فَلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ» [(٢)] متفق عليه .

و« أولى » هنا بمعنى أقرب لا بمعنى أحق ، لما يلزم عليه من الإبهام والجهالة ، فإنه لا يدري من هو الأحق ، ( فمن تزوج امرأة ، و ) تزوج ( أبوه ابنتها ) وولد لكل منهما ابن ( فولد الأب عم ) لابن الابن لأنه أخو أبيه لأبيه ، ( وولد الابن خال ) لابن الأب، لأنه أخو أمه لأمها ، فإن مات ابن الأب وخلف خاله هذا ، ( فـ ) إنه ( يرثه ) مع عم له ( خاله هذا دون عمه ) لأن خاله هذا ابن أخيه، وابن الأخ يحجب العم ، (ولو خلف الأب) في هذه الصور ( أخاله وابن ابنه هذا ، وهو أخو زوجته ورثه ) ابن ابنه (دون أخيه ) لأنه محجوب بابن الابن ، ( و ) يعابي بها ، فـ ( يقال فيها : زوجة ورثت ثمن التركة وأخوها الباقي ، مثل ما لكل واحد منهم فيعابي بها ، ( ولو كان الأب نكح الأم) وابنه ابنتها ، ( فولده ) أي الأب ( عم ولد ابنه وخاله ) فيعابي بها ،

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٢) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الفرائض ، باب ميراث الولد من أبيه وأمه ، وأخرجه مسلم في كتاب الفرائض ، باب ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقى فلأولى رجل ذكر ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١٠٤١) .

(ولو تزوج رجلان كل منهما أم الآخر ) وولد لكل منهما ابن ( فولد كل منهما عم الآخر ) وهما القائلتان مرحباً بابنينا وزوجينا ، ولو تزوج كل واحد منهما بنت الآخر ، فولد كل منهما خال ولد الآخر ، ولو تزوج زيد أم عمرو ، وعمرو بنت زيد فابن زيد عم ابن عمرو وخاله ، ولو تزوج كل منهما أخت الآخر فولد كل منهما ابن خال ولد الآخر ، (وأولى ولد كل أب أقربهم إليه ) فإذا خلف ابن عم وابن ابن عم ، فالأولى أولى بالميراث لأنه أقرب إلى الجد الذي يجتمعان إليه ، ( فإن استووا ) في الدرجة ، (فأولاهم من كان لأبوين ) فأخ شقيق أولى من أخ لأب ، وابن أخ شقيق أولى من ابن أخ لأب ، وعم شقيق أولى من عم لأب ، وابن عم شقيق أولى من ابن عم لأب ، والأخ من الأم ليس من العصبات فلا يتناوله كلامه ، ويأخذ فرضه مع الشقيق ، وأخت شقيقة مع بنت أو بنت ابن كأخ شقيق ، فتسقط الأخوة لأب ، وبني الأخوة أشقاء أو لأب ، وكذا الأخت لأب يسقط بها مع البنت بنو الأخوة كذلك ، إذ العصوبة جعلتها في معنى الأخ .

( فإن عدم العصبة من النسب ورث المولى المعتق ، ولو ) كان ( أنثى ) لقوله ﷺ : «الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » [1] متفق عليه ، ولقوله ﷺ : « الْوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ ، لا يُبَاعُ وَلا يُوهَبُ » رواه الخلال ، والنسب يورث به ، فكذا الولاء . وروى سعيد بسنده عن عبد الله بن شداد قال : « كَانَ لِبِنْتِ حَمْزَةَ مَوْلى أَعْتَقَتْهُ فَمَاتَ ، وَتَرَكَ ابْنَتَهُ وَمَوْلاتَهُ فَأَعْطَى النَّبِيُّ ﷺ بِنْتَهُ النِّصْفَ ، وَأَعْطَى مَوْلاتَهُ بِنْتَ حَمْزَةَ النِّصْفَ » ، وروى أيضاً عن الحسن قال : قال رسول الله ﷺ : « المِيرَاثُ لِلْعَصَبِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ فَلِلْمَوْلَى »[2] ( ثم عصباته ) أي المعتق إن لم يكن موجوداً ( من بعده ، الأقرب فالأقرب كنسب ) لما روى أحمد عن زياد بن أبي مريم : « أنَّ امْرَأَةً أَعْتَقَتْ عَبْداً لَهَا ، ثُمَّ تُوُفِّيتْ وَتَركَتْ ابْناً لَهَا وَأَخَاهَا ، ثُم تُوُفِّيَ مَوْلاهَا مِنْ بَعْدِهَا فَأَتَى أَخُو الْمَرْأَةِ وَابْنُهَا رَسُولَ الله ﷺ فِي مِيرَاثِهِ ، فَقَالَ ﷺ : مِيرَاثُهُ لابْنِ الْمَرْأَةِ . فَقَالَ أَخُوهَا : يَا رَسُولَ اللهِ ، لَوْ جَرَّ جَرِيرَةً

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الطلاق ، باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً ، وأخرجه مسلم في كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق .

(٢) الحديث بلفظه لم نجده ولكنا وجدنا معناه من رواية ابن عباس رضي الله عنهما عند أحمد في المسند : ٢٢١/١ ، وعند أبي داود في السنن . كتاب الفرائض ، باب في ميراث ذوي الأرحام . الحديث (٢٩٠٥) ، وعند الترمذي في السنن : ٤٢٣/٤ ، كتاب الفرائض ، باب في ميراث المولى . الحديث (٢١٠٦) ، وعند النسائي ذكره المز في تحفة الأشراف : ١٩٤/٥ . الحديث (٦٣٢٦) وقال المحقق : « في الكبرى كتاب الفرائض » ، وعند ابن ماجة في السنن : ٩١٥/٢ ، كتاب الفرائض . باب من لا وارث له ، الحديث (٢٧٤١) .

كَانَتْ عَلَيَّ وَيَكُونُ مِيرَاثُهُ لِهَذَا ؟ قَالَ : نَعَمْ » ولأنه صار بين العتيق ومعتقه مضايفة النسب ، فورثه عصبة المعتق لأنهم يدلون به ، ( ثم مولاه ) أي مولى المولى ( كذلك ) أي يقدم مولى المولى ، ثم عصبته الأقرب فالأقرب ، ثم مولى مولى المولى ، ثم عصبته الأقرب فالأقرب ، وهكذا ، ( ثم ) إن عدم ذو الولاء وإن بعد ( الرد ) على ذوي الفروض غير الزوجين ، كما يأتي ، لقوله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾ [(١)] ، فإن لم يرد الباقي على ذوي الفروض لم تتحقق الأولوية فيه ، لأنا نجعل غيرهم أولى به منهم ، ثم الفروض ، إنما قدرت للورثة حالة الاجتماع لئلا يزدحموا ، فيأخذ القوي ويحرم الضعيف ، ولذلك فرض للإناث ، وفرض للأب مع الولد دون غيره من الذكور ، لأن الأب أضعف من الولد أقوي من بقية الورثة ، فاختص في موضع الضعف بالفرض وفي موضع القوة بالتعصيب ، ( ثم ) إذا عدم ذوو الفروض ( ذوو الأرحام ) للآية المذكورة ، ولأن سبب الإرث القرابة ، بدليل أن الوارث من ذوي الفروض والعصبات ، إنما ورثوا لمشاركتهم الميت في نسبه ، وهذا موجود في ذوي الأرحام ، فيرثون كغيرهم ، ( ولا يرث المولى من أسفل ) وهو العتيق من حيث كونه عتيقاً من معتقه ، لحديث : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » .

( وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم ، ويمنعونهن الفرض ، ويقتسمون ما ورثوا : للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهم : الابن ) فأكثر يعصب البنت فأكثر ، لقوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ﴾ [(٢)] .

( و ) الثاني ( ابنه وإن نزل ) فيعصب بنت الابن فأكثر أخته كانت ، أو بنت عمه للآية المذكورة .

( و ) الثالث ( الأخ من الأبوين ) فأكثر يعصب الأخت لأبوين فأكثر .

( و ) الرابع ( الأخ من الأب ) يعصب أخته لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ﴾ [(٣)] ، والجد يعصب الأخت فأكثر كما تقدم ، ويعصب ابن الابن بنت عمه أيضاً كما يعصب أخته ، ( فيمنعها الفرض ، لأنها في درجته ) سواء كان لها شيء في الثلثين أو لا ، وتقدم ( وابن ابن الابن يعصب من بإزائه من أخواته وبنات عمه ) مطلقاً ، ( و ) يعصب ( من ) هي ( أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض ) من نصف أو ثلثين أو سدس أو مشاركة فيهما ، ( ولا

---

(١) سورة الأنفال ، الآية : ٧٥ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ١١ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ١٧٦ .

يعصب من ) هي ( أنزل منه ) بل يحجبها ، وتقدم ، ( وكلما نزلت درجته زاد في تعصيبه قبيل آخر ) من بنات الابن والعم وابنه وابن الأخ وابن المعتق وأخوه وعمه ونحوهم ، ينفرد بالميراث دون أخواته ، لأن أخوات هؤلاء من ذوي الأرحام ، والعصبة تقدم على ذي الرحم، والولاء إنما يرث به العصبة بالنفس ، ( ومتى كان بعض بني الأعمام زوجاً ) للميتة ، وانفرد أخذ المال كله فرضاً وتعصيباً ، ( أو ) كان بعض بني الأعمام ( أخاً من أم ) للميت ، وانفرد أخذ المال كله فرضاً وتعصيباً ، ( أو ) كان بعض بني الأعمام ( أخاً من أم ) للميت وانفرد ( أخذ المال كله فرضاً وتعصيباً ، فإن كان معه عصبة غيره أخذ ) الذي هو زوج أو أخ لأم ( فرضه ) لوجود مقتضيه ، (وشارك الباقين في تعصيبهم ) لوجود المقتضى وعدم المانع ، ويفارق الأخ من الأبوين والعم وابن العم إذا كانا من أبوين ، فإنه لا يفرض له بقرابة أمه شيء ، فرجح بها ، ولا يجتمع في إحدى القرابتين ترجيح وفرض ، ولو ماتت امرأة عن بنت وزوج هو ابن عم ، فتركتها بينهم بالسوية ، وإن تركت معه بنتين ، فالمال بينهم أثلاثاً ، وثلاثة إخوة لأبوين أصغرهم زوج لبنت عمهم الموروثة له ثلثان ولهما ثلث. وقد نظمها بعضهم فقال :

ثلاثة إخوة لأب وأم وكلهم إلى خير فقير

فحاز الأكبران هناك ثلثاً وباقي المال أحرزه الصغير

( وإذا كان زوج وأم ) أو جدة ( وإخوة لأم ) اثنان فأكثر ، ( وإخوة لأبوين أو لأب) ذكر فأكثر أو ذكور وإناث ، ( فـ ) المسئلة من ستة ( للزوج النصف ) ثلاثة ، ( وللأم ) أو الجدة ( السدس ) واحد ، ( وللأخوة من الأم الثلث ) اثنان ، ( وسقط سائرهم ) أي باقيهم لاستغراق الفروض التركة ، ( وتسمى ) هذه المسئلة ( المشركة والحمارية إذا كان فيها إخوة لأبوين ) ذكر فأكثر ، منفرداً أو مع إناث ، لأنه يروي عن عمر : « أَنَّهُ أَسْقَطَ وَلَدَ الأَبَوَيْنِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ ، هَبْ أَنَّ أَبَانَا كَانَ حِمَاراً ، أَلَيْسَتْ أُمُّنَا وَاحِدَةً ؟ فَشَرَّكَ بَيْنَهُمْ » ، ويقال : إن بعض الصحابة قال ذلك ، وسقوط الأشقاء إذن . روى عن علي ، وابن مسعود ، وأبي بن كعب ، وابن عباس ، وأبي موسى رضي الله عنهم ، وبه قال أبو حنيفة عن عمر ، وعثمان ، وزيد بن ثابت أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الأم في الثلث ، فقسموه بينهم بالسوية ، للذكر مثل حظ الأنثى ، وبه قال مالك والشافعي .

( وإن كان مكانهم ) أي مكان الأخوة لأبوين ، أو لأب ( أخوات لأبوين أو لأب ) ثنتان فأكثر مع الزوج والأم ، أو الجدة ، والأخوة للأم ( عالت ) المسئلة ( إلى عشرة )

للزوج النصف ثلاثة ، وللأم أو الجدة السدس واحدة ، وللأخوة لأم الثلث اثنان ، وللأخوات لأبوين أو أب الثلثان أربعة ، ( وتسمى ) هذه المسئلة ( أم الفروخ ) -بالخاء المعجمة- لكثرة عولها وتقدم .

( وتسمى ) أيضاً ( الشريحية ) لحدوثها زمن القاضي شريح روى : « أنَّ رَجُلاً أتَاهُ وَهُوَ قَاضٍ بِالْبَصْرَةِ ، فَقَالَ : مَا نَصِيبُ الزَّوْجِ مِنْ زَوْجَته ؟ قَالَ : النِّصْفُ مَعَ غَيْرِ الْوَلَدِ، والرُّبعُ مَعَهُ ، فَقَالَ : امْرَأتِي مَاتَتْ وَخَلَّفَتْنِي وَأُمَّهَا وَأُخْتَيْهَا لأمِّهَا وأُخْتَيْهَا لأبِيهَا وأُمِّهَا، فَقَالَ : لَكَ إذَنْ ثَلاثَةٌ مِنْ عَشَرَة ، فَخَرَجَ مِنْ عِنْده وَهُوَ يَقُولُ : لَمْ أرَ كَقَاضِيكُمْ هٰذَا لَمْ يَعْطِنِي نصْفاً وَلا ثُلُثاً ، فَكَانَ شُرَيْحٌ يَقُولُ لَهُ إذَا لَقِيَهُ : إذَا رَأَيْتَنِي ذَكَرْتَ حَاكِماً جَائراً ، وإذَا رَأَيْتُكَ ذَكَرْتُ رَجُلاً فَاجِراً ، إنَّكَ تَكْتُمُ الْقَضِيَّةَ وَتُشِيعُ الْفَاحِشَةَ » .



# باب أصول المسائل والعول والرد

أصل المسئلة : هو مخرج فرضها وفروضها . العول : مصدر عال الشيء إذا زاد أو غلب . قال في القاموس : والفريضة عالت في الحساب زادت وارتفعت ، وعلتها أنا وأعلتها .

( تخرج الفروض من سبعة أصول ) لأن الفروض القرآنية ستة كما تقدم ، ومخارجها مفردة خمسة ، لأن الثلث والثلثين مخرجهما واحد ، فالنصف من اثنين ، والثلث والثلثان من ثلاثة ، والربع من أربعة ، والسدس من ستة ، والثمن من ثمانية ، والربع مع الثلث أو الثلثين أو السدس من اثني عشر ، والثمن مع السدس، أو الثلثين، أو معهما من أربعة وعشرين ، فصارت سبعة ، وإذا نظرت لثلث الباقي الثابت بالاجتهاد زدت على هذه السبعة أصلين في باب الجد والأخوة كما هو معلوم في كتب الفرائض عند الحذاق من متأخري الشافعية .

( أربعة ) من الأصول ( لا تعول ، وهي ما كان فيه فرض واحد ، أو ) كان فيه (فرضان من نوع ) واحد ، ( وهي ) أي الأصول الأربعة ( أصل اثنين ، و ) أصل (ثلاثة ، و ) أصل ( أربعة ، و ) أصل ( ثمانية ، فالنصف والربع والثمن نوع ) لأن مخرج أقلها مخرج لها (والثلثان، والثلث، والسدس نوع) كذلك ، ( فالنصف وحده مع الباقي كزوج وأخ ) أو بنت، أو بنت ابن، أو أخت لأبوين، أو لأب مع عم من اثنين مخرج النصف ( أو نصفان كزوج، وأخت لأبوين، أو لأب : من اثنين ) مخرج النصف والنصف لتساويهما ، وتسميان باليتيمين وتقدم وبالنصفيتين ، ( والثلث وحده مع الباقي كأم وأب) من ثلاثة مخرج الثلث للأم واحد والباقي للأب ، ( أو الثلث مع الثلثين كأخوات ) ثنتين فأكثر ( لأبوين، أو لأب وأخوات لأم ) ثنتين فأكثر ، أو إخوة لأم كذلك من ثلاثة مخرج الثلثين والثلث لتماثلهما ، ( أو الثلثان مع الباقي كبنتي ابن وعم من ثلاثة ) مخرج الثلثين ( والربع وحده ) مع الباقي من أربعة ، كزوجة، وعم، أو زوج وابن ، ( أو ) الربع ( مع النصف ) كزوجة وأخت لأبوين وعم ، أو زوج وبن وعم ( من أربعة ) مخرج الربع ومخرج النصف داخل فيها ، ( والثمن وحده ) مع الباقي كزوجة وابن من ثمانية ، ( أو ) الثمن ( مع النصف ) كزوجة وبنت وعم ( من ثمانية )

مخرج الثمن والنصف داخل فيها . فهذه الأصول الأربعة لا عول فيها ، لأن العول ازدحام الفروض ، ولا يتصور وجوده في أصل من هذه الأربعة .

( وتسمى المسألة التي لا عول فيها ولا رد ) ولا عاصب ( العادلة ، وهي التي استوى مالها وفروضها ) سميت بذلك لمساواة فروضها للمال . فهي بعدله أي قدره . فإن كان فيها عاصب فناقصة ، وأصل اثنين وثلاثة تارة يكون عادلاً ، وتارة يكون ناقصاً ، وأصل أربعة وثمانية لا يكون إلا ناقصاً ، ( وثلاثة ) من الأصول ( تعول ) إذا زادت فروضها.

( والعول ) اصطلاحاً: ( زيادة في السهام ونقصان في أنصباء الورثة ، وهي ) أي الأصول الثلاثة ( أصل ستة ، و) أصل ( اثني عشر ، و) أصل ( أربعة وعشرين ، وهي التي يجتمع فيها فرضان ) فأكثر ( من نوعين ) أي في الجملة ، وإلا فالسدس وما بقي من ستة مع أنه لم يجتمع فيها فرضان ، ( فإذا اجتمع مع النصف سدس ) فمن ستة كبنت وأم وعم ، ( أوَ ) اجتمع مع النصف ( ثلث ) كأخت لأبوين وأم عم ، فمن ستة ( أو ) اجتمع مع النصف ( ثلثان ) كزوج وأختين لغير أم ، ( فمن ستة ) لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلثين، أو الثلث ثلاثة وهما متباينان ، فتضرب أحدهما في الآخر يبلغ ستة . وأما النصف مع السدس فإنه يكتفي بمخرج السدس لدخول مخرج النصف فيه ( وتعول ) الستة ( إلى سبعة ) كالمثال الأخير وكزوج وأخت لغير أم وجدة ، ( و ) تعول ( إلى ثمانية ) كالمباهلة زوج وأم وأخت لغيرها ، ( و ) تعول ( إلى تسعة ) كزوج وولدي أم وأختين لغيرها ، ( و ) تعول إلى ( عشرة فقط ) فلا تتجاوزها كأم الفروخ ، زوج وأم وولداها، وأختان لغيرها وتقدمت . وعلم منه أن الستة تكون عادلة، وعائلة وناقصة ، ( وإن اجتمع مع الربع أحد الثلاثة ) وهي الثلث والثلثان والسدس ، ( فمن اثنى عشر ) لأن مخرج الربع من أربعة ، ومخرج الثلث والثلثين من ثلاثة ، وهما متباينان ، فتضرب أربعة في ثلاثة تبلغ اثني عشر .

وأما الربع والسدس فبين مخرجيهما - وهما ستة وأربعة - توافق بالنصف ، فإذا ضربت نصف أحدهما في الآخر حصل ذلك الأمثلة زوج وأم وعم ، زوجة وابنتان وعم زوج وأم وابن . وقس عليها ، ( وتعول ) الاثنا عشر ( على الأفراد إلى ) ثلاثة عشر وخمسة عشر ( وسبعة عشر فقط ) دون الإشفاع ، وهي أربعة عشر وستة عشر ونحوهما ( ولا بد في هذه الأصول أن يكون الميت أحد الزوجين ) بشهادة الاستقراء . مثال عولها إلى ثلاثة عشر : زوج وبنتان وأم ، وإلى خمسة عشر زوج وبنتان وأبوان ، وإلى سبعة عشر : أم الأرامل ثلاث زوجات وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لغيرها

وتقدمت ، وتسمى أم الفروج -بالجيم- ( وإن اجتمع مع الثمن سدس ) فمن أربعة وعشرين ، كزوجة وأم وابن ، لأن مخرج الثمن من ثمانية والسدس من ستة ، وهما متوافقان بالنصف ، فإذا ضربت نصف أحدهما في الآخر حصل ما ذكر ، للزوجة ثلاثة وللأم أربعة وللابن سبعة عشر ، ( أو ) اجتمع مع الثمن ( ثلثان ) كزوجة وبنتين وعم، فمن أربعة وعشرين ، لأن مخرج الثلثين ثلاثة تباين الثمانية فتضرب أحدهما في الآخر يحصل ما ذكر ، للزوجة ثلاثة وللبنتين ستة عشر وللعم ما بقي خمسة ، ( أو ) اجتمع مع الثمن ( سدس وثلثان ) كزوجة وأم وبنتين وعم ، ( فمن أربعة وعشرين ) للزوجة ثلاثة وللأم أربع وللبنتين ستة عشر وللعم واحد ، وإنما كانت من أربعة وعشرين ، لأن مخرج الثلثين داخل في مخرج السدس ، وبين مخرج السدس والثمن توافق كما تقدم . فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر يحصل المذكور وتصح بلا عول كما تقدم .

( وتعول ) الأربعة والعشرون ( إلى سبعة وعشرين فقط ) كزوجة وأبوين وابنتين ، (وتسمى البخيلة ) لقلة عولها ، ( و ) المنبرية لما تقدم أن علياً سئل عنها وهو على المنبر فقال : « صَارَ ثُمُنُ الْمَرْأَةِ تُسْعاً » ، ومضى في خطبته ، ( ولا يكون الميت فيها ) أي في المسألة من أربعة وعشرين ( إلا زوجاً ) بدليل الاستقراء ، ولأن الثمن لا يكون إلا لزوجة فأكثر مع فرع وارث . وعلم مما تقدم أن أصل اثني عشر وأربعة وعشرين لا يكون عادلاً أبداً ، إما ناقص أو عائل كما تقدمت أمثلته .

★ ★ ★

## فصل في الرد . وقد اختلف فيه والقول به

وروى عن عمر، وعليّ، وابن عباس ، وكذا عن ابن مسعود في الجملة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، ونص عليه إمامنا في رواية الجماعة . وسواء انتظم بيت المال أو لا، وعليه الفتوى عند الشافعية إن لم ينتظم بيت المال . ومذهب زيد ومالك لا يرد على أحد بدليل تقديم الفروض وتقدم جوابه . ولنا قوله تعالى : ﴿ وَأُولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ ﴾ [(١)] ، وهؤلاء من ذوي الرحم أحق من الأجانب ، وقال ﷺ : « مَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَته وَمَنْ تَرَكَ كَلاً فَإِلَيَّ » [(٢)] ، وفي لفظ : « مَنْ تَرَكَ دَيْناً فَإِلَيَّ وَمَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَارِثِ » [(٣)] متفق عليه . وهو عام في جميع المال .

---

(١) سورة الأنفال ، الآية : ٧٥ .

(٢) الحديث متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه البخاري في كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً ، وأخرجه مسلم في كتاب الفرائض ، باب من ترك مالاً فلورثته .

(٣) راجع ما قبله .

( وإذا لم تستوعب الفروض المال ) كما لو كان الوارث بنتاً وبنت ابن ونحو ذلك ، (ولم يكن عصبة ) مع ذوي الفروض ( رد الفاضل ) عن الفروض ( على ذوي الفروض بقدر فروضهم ) كالغرماء يقتسمون مال المفلس على قدر ديونهم ( إلا الزوج والزوجة فلا رد عليهما ) لأنهما ليسا من ذوي القرابة . وروى عن عثمان ، بأنه رد على زوج . قال في المغني : ولعله كان عصبة وذا رحم ، فأعطاه لذلك، أو أعطاه من بيت المال لا على سبيل الميراث ، ( فإن كان المردود عليه ) شخصاً ( واحداً ) كأم ، أو بنت ابن ، أو أخت ، أو ولد أم ونحوهم ( أخذ المال كله ) فرضاً ورداً ، لأن تقدير الفروض إنما شرع لمكان المزاحمة ولا مزاحم هنا .

( وإن كان ) المردود عليه (جماعة من جنس واحد كبنات)، أو بنات ابن، أو أخوات أو أولاد أم ( أو جدات اقتسموه ) أي الميراث بالسوية لاستوائهم في موجب الميراث (كالعصبة من البنين والأخوة وغيرهم ) كبني الإخوة، والأعمام وبنيهم لاستوائهم في موجب الميراث ، ( وإن اختلفت أجناسهم ) أي محلهم من الميت كبنت وبنت ابن أو أم وأخت ( فخذ عدد سهامهم من أصل ستة أبداً ) إذ ليس في الفروض كلها ما لا يوجد في الستة إلا الربع والثمن ولا يكونان لغير الزوجين وليسا من أهل الرد ، ( واجعله ) أي اجعل ما أخذته من أصل ستة من عدد السهام ( أصل مسئلتهم ) كما صارت السهام في المسئلة العائلة هي المسئلة التي يضرب فيها جزء السهم ، ( فإن كان ) عدد سهامهم (سدسين كجدة وأخ من أم ، فهي ) أي مسئلة الرد ( من اثنين ) لأن فرض كل منهما السدس والسدسان من ستة اثنان ، فيكون المال بينهما نصفين لاستواء فرضهما ، ولو كانت الجدات فيها ثلاثاً فاضرب عددهن في الاثنين ، وتصح من ستة ، للأخ من الأم ثلاثة وللجدات ثلاثة لكل واحدة واحد .

( وإن كان مكان الجدة أم ) بأن كانت المسئلة أماً وأخاً لأم ، ( فمن ثلاثة ) لأن فرض الأم الثلث وهو اثنان من ستة وفرض الأخ لأم السدس واحد فيكون المال بينهما أثلاثاً ، للأم ثلثاه ، ولولدها ثلثه ، ( وإن كان مكانها ) أي الأم ( أخت من أبوين ) أو أب (فمن أربعة ) لأن فرض الأخت النصف ثلاثة من ستة ، وفرض الأخ من أم واحد فيكون المال بينهما أرباعاً ، للأخت ثلاثة أرباعه ، ولولد الأم ربعه ، وكذا بنت وأم للبنت ثلاثة أرباعه فرضاً ورداً ، وللأم ربعه كذلك ، وكذا بنت وبنت ابن .

( وإن كان معهما ) أي الأخت لأبوين والأخ لأم ( أخت لأب فـ ) المسئلة ( من خمسة ) لأن فرض الأخت لأبوين النصف، والأخت لأب السدس تكملة الثلثين، والأخ لأم السدس ، فيقسم المال بينهم أخماساً للتي لأبوين ثلاثة أخماسه وللتي لأب خمسة ،

ولولد الأم خمسه ، ( ولا تزيد ) مسائل الرد ( على هذا ) أي على خمسة ( أبداً ، لأنها لو زادت على ) الخمسة ( سدساً آخر لكمل المال ) فلم يبق من شيء يرد ، ( فإن انكسر على فريق منهم ) أي من الورثة المردود عليهم سهامه ( ضربته ) أي عدد الفريق إن باينته سهامه، أو وافقه إن وافقته ( في عدد سهامهم لأنه أصل مسئلتهم ) دون الستة كما تضرب في المسئلة بعولها إذا عالت دون أصلها . مثال [ المباينة ] : جدتان وأخت لأبوين ، أصلها بالرد من أربعة للجدتين سهم لا ينقسم عليهما ويباينهما فتضرب اثنين في أربعة بثمانية ومنها تصح ، للجدتين سهمان وللأخت ستة . ومثال الموافقة : ست أخوات لأبوين وأخ لأم ، أصلها بالرد من خمسة للأخوات منها أربعة على ستة لا تنقسم وتوافق بالنصف فرد الستة إلى ثلاثة واضربها في خمسة تصح من خمسة عشر ، للأخوات اثنا عشر ، لكل واحدة سهمان ، وللأخ للأم ثلاثة ، وقس على ذلك .

( وإن كان معهم ) أي مع الذين يرد عليهم من أصحاب الفروض ( أحد الزوجين فأعطه فرضه من مسئلته ) أي مسئلة أحد الزوجين ، ( وأقسم الباقي ) بعد فرض أحد الزوجين ( على مسئلة الرد، فإن انقسم كزوجة، وأم وأخوين لأم، فللزوجة الربع ) واحد من أربعة مخرج الربع ، ( والباقي ثلاثة تقسم على مسئلة الرد ) وهو ثلاثة ( صحت المسئلتان من مسئلة الزوجية ) للزوجة سهم وللأم سهم ، ولكل واحد من الأخوين سهم، وكذا زوجة وأم وأخ لأم للزوجة سهم ، والباقي للأم وولدها أثلاثاً لها مثلاً ماله سهمان وله سهم ، ( وإن لم ينقسم ) الباقي بعد فرض الزوجية ( على مسئلة الرد ولم يوافقها فاضرب مسئلة الرد في مسئلة الزوجية ) فما حصل صحت منه المسئلتان ، ( ثم ) تقسمه فـ ( من له شيء من مسئلة الزوجية أخذه مضروباً في مسئلة الرد ) لأنها التي ضربت فيها ، ( ومن له شيء من مسئلة الرد أخذه مضروباً في الفاضل عن ) فرض أحد الزوجين من ( مسئلة الزوجية ) لأنه المستحق لهم ، وينحصر ذلك في خمسة أصول : أحدها ما ذكره بقوله : ( فزوج ) وجدة وأخ من أم مسئلة الزوج من اثنين مخرج النصف، ( ومسئلة الرد من اثنين ) فللزوج واحد يبقى واحد على اثنين لا ينقسم ويباين، فـ ( اضرب إحداهما في الأخرى يكن ) الحاصل ( أربعة ) للزوج ، واحد في اثنين باثنين ، ولكل من الجدة والأخ لأم واحد في واحد بواحد ، ( وإن كان مكان الزوج زوجة ) فتكون الورثة زوجة وجدة وأخاً لأم ، مسئلة الزوجية من أربعة لها واحد يبقى ثلاثة لا تنقسم على مسئلة الرد ، وهي اثنان فتباينها ، ( فاضرب مسئلة الرد ) اثنين (في) مسئلة الزوجية ( أربعة تكن ثمانية ) للزوجة واحد في اثنين باثنين ، ولكل من الجدة والأخ لأم واحد في ثلاثة بثلاثة ، ( وإن كان مكان الجدة أخت من الأبوين ) فالورثة

زوجة وأخت لأبوين وأخ لأم مسئلة الرد من أربعة للأخت ثلاثة وللأخ للأم واحد يفضل لهم عن فرض الزوجة ثلاثة تباين الأربعة ، فإذا ضربت أربعة في أربعة ( انتقلت ) المسئلة ( إلى ستة عشر ) للزوجة أربعة ، وللأخت تسعة ، وللأخ ثلاثة .

( وإن كان مع الزوجة بنت وبنت ابن ) فمسئلة الزوجية من ثمانية ومسئلة الرد من أربعة، والفاضل عن الزوجة سبعة لا تنقسم على الأربعة وتباينها ، فإذا ضربت أربعة في ثمانية ( انتقلت ) المسئلة ( إلى اثنين وثلاثين ) للزوجة أربعة، وللبنت أحد وعشرون ولبنت الابن سبعة ، ( وإن كان معهم ) أي الزوجة والبنت وبنت الابن ( جدة صارت من أربعين ) لأن مسئلة الرد من خمسة والباقي بعد فرض الزوجة سبعة ، فاضرب الخمسة في الثمانية يحصل ما ذكر للزوجة خمسة وللبنت أحد وعشرون ، ولبنت الابن سبعة وللجدة سبعة ، ( وإن كان مع أحد الزوجين واحد منفرد ممن يرد عليه ) من الورثة (أخذ الفاضل عن الزوج ) أو الزوجة ( كأنه عصبة، ولا تنتقل المسئلة ) لعدم المقتضى للنقل ، (كزوجة وبنت ، للزوجة الثمن ) واحد من ثمانية ، ( والباقي للبنت فرضاً ورداً ، وإن وافق الباقي ) بعد فرض الزوجية ( مسئلة الرد بجزء ) كنصف وربع وثمن ، ( فارجع مسئلة الرد إلى وفقها ) واعتبر الأوفق إن تعدد ، ( ثم اضرب في مسئلة الزوجية ثم من له شيء من مسئلة الزوجية أخذه مضروباً في وفق مسألة الرد ) لقيامه مقامه ، ( ومن له شيء من مسألة الرد ، أخذه مضروباً في وفق الفاضل عن ) أحد الزوجين من ( مسألة الزوجية ) لقيام وفقه مقامه ( كأربع زوجات وثلاث جدات ) متحاذيان ، ( وثمان بنات، فمسألة الزوجية ) أصلها ثمانية للزوجات ، واحد لا ينقسم عليهن ويباين . فاضرب أربع في ثمانية تصح ( من اثنين وثلاثين ) للزوجات أربعة ، ويفضل ثمانية وعشرون ، ( ومسألة الرد من ثلاثين ، لأن ) أصلها خمس، للجدات واحد لا ينقسم عليهن ويبيان، و( سهام البنات ) أربعة ( توافق عددهن ) وهو ثمانية ( بالربع فرجعن إلى اثنين ، ثم ضرب اثنين في عدد الجدات ) للتباين بين المثبتين من عدد الفريقين ، ( فكان ) الاصل (ستة ، ثم ) اضرب الستة ( في أصل مسألة الرد ، وهو خمسة تبلغ ثلاثين للجدات ستة) لكل واحدة سهمان ، ( وللبنات أربعة وعشرون ) لكل واحدة ثلاثة ( وبين الثلاثين ) التي صحت منها مسألة الرد ، ( وبين الفاضل عن الزوجات ) من مسألة الزوجية ، (وهو ثمانية وعشرون موافقة بالأنصاف ، فارجع الثلاثين إلى ) نصفها ( خمسة عشر ، ثم اضربها ) أي الخمسة عشر ( في مسألة الزوجية ) اثنين وثلاثين ( تبلغ أربعمائة وثمانين ، ومنها تصح ، ثم ) تقسم ، فـ ( كل من له شيء من مسألة الزوجية أخذه مضروباً في وفق مسألة الرد ، وهو خمس عشر ، ومن له شيء من مسألة الرد أخذه

مضروباً في وفق الفاضل عن مسألة الزوجية ، وهو أربعة عشر ، فللزوجات أربعة في خمسة عشر بستين لكل زوجة خمسة عشر ، وللجدات ستة في أربعة عشر ) نصف الثمانية والعشرين ( بأربعة وثمانين ، لكل جدة ثمانية وعشرون ، وللبنات أربع وعشرون في أربعة عشر بثلاثمائة وستة وثلاثين لكل بنت اثنان وأربعون ) .

وإن شئت صحح مسألة الرد ، ثم زد عليها الفرض الزوجية للنصف مثلاً وللربع ثلثاً وللثمن سبعاً ، وابسط من جنس كسر ليزول ، ففي بنت وبنت ابن وزوجة مسألة الرد من أربعة فزد عليها الثمن ، الزوجة سبعاً ، تصير أربعة وأربعة أسباع أبسط الكل أسباعاً تكن اثنين وثلاثين ، ومنها تصح كما تقدم ، ( ومال من لا وارث له ) بفرض ، أو تعصيب ، أو رحم وما فضل عن فرض أحد الزوجين ( لبيت المال ، وليس بيت المال وارثاً ، وإنما يحفظ المال الضائع وغيره ) كالفيء ، ( فهو جهة ومصلحة ) وفاقاً للحنفية، وعليه الفتوى عند الشافعية إن لم ينتظم ، ومال إليه بعض متأخري المالكية .



# فهرس الجزء السادس من كشاف القناع

الصفحة

